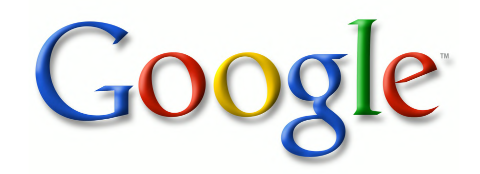
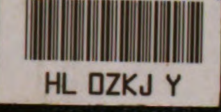
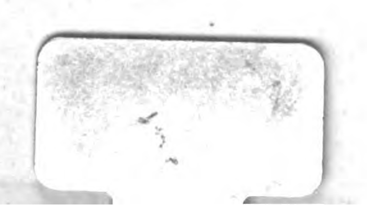





HD


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



R. Fries stud. jur. Göttingen

Reports

C

Sammlung der Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der

vier freien Städte Deutschlands

zu **Lübeck.**

Herausgegeben

von

Dr. J. F. Kierulff,

Präsident des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte.

Band I.

Jahrgang 1865.

Mit Namen- und Sach-Register.

Hamburg.

W. Mauke Söhne

vormals Perthes-Besser & Mauke.

1866.

Sammlung der Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der

vier freien Städte Deutschlands

zu Lübeck.

Herausgegeben

von

Dr. J. F. Kierulff,

Präsident des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte.

Jahrgang 1865.

1. Heft.



Hamburg.

W. Mauke Söhne

vormals Perthes-Besser & Mauke.

1865.

Rec. July 25, 1901

Vorwort des Herausgebers.

Es werden in diese Sammlung gesammte Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte aufgenommen werden. Sie beginnt mit dem Anfange des laufenden Jahres und wird, mit einer einzigen Ausnahme, keine Erkenntnisse aus früherer Zeit bringen. Mit dem Herausgeber haben mehrere Mitglieder des Oberappellationsgerichts die Redaction übernommen. Ein den Gebrauch der Sammlung erleichterndes Register wird jedem vierten Hefte beigegeben werden.

Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen werden gegenwärtig mehr wie je früher veranstaltet. Es möchte nicht richtig sein, diese Erscheinung lediglich auf das unmittelbare Bedürfniß einer Rechtspraxis, welche nach bestimmten sichernden Vorentscheidungen für bestimmte Kategorieen von Fällen sucht, zurückzuführen, oder sie lediglich aus dem allgemeinen realistischen Zuge des Zeitalters, welches thatsächliche Ergebnisse und handgreiflichen Nutzen will, zu erklären. Auch ein tieferes Interesse, ein wissenschaftliches Bedürfniß, liegt ihr zum Grunde. Mehr und mehr bricht sich die Erkenntniß Bahn, daß die Wissenschaft grade durch verständige Aneignung des praktischen Materials sich in höherem Grade befähigt, der Praxis einen reicheren, dem Bedürfnisse derselben wahrhaft entsprechenden, Stoff zuzuführen. Denn wie es heutzutage eine würdige Praxis nicht mehr geben kann, welche nicht die Gedanken einer vorgeschrittenen gründlicheren Wissenschaft in sich aufzunehmen weiß, so wird auch nur diejenige Doctrin den Werth wahrer Wissenschaft ansprechen dürfen, welche das Material einer tüchtigen Rechtspraxis zu benutzen versteht, um ein tieferes Verständniß des Gesetzesstoffes zu gewinnen.

Das ist die innigere Durchdringung von Theorie und Praxis, welche sich in unserem Zeitalter zu vollziehen beginnt. Sammlungen vorliegender Art, welche einen Ueberblick über die praktische Gestaltung großer Rechtstheile gewähren, werden geeignet sein können, ein wichtiges Hülfsmittel für diese höheren Aufgaben von Theorie und Praxis zu bilden. Der Versuch, in einer kurzen, einzelnen Fällen angehängten, Darlegung das theoretische und praktische Interesse derselben hervorzuheben, möchte eine nicht unverdienstliche Arbeit sein. Gegenwärtig wird eine solche nicht beabsichtigt. Dagegen werden hie und da, wo der Fall sich dazu eignet, vorangestellte Summarien auf das Interesse, welches sich an denselben knüpft, aufmerksam machen. Ferner wird man zwar bemüht sein, durch zweckmäßige Abkürzungen theils der Entscheidungsgründe, theils in der Darstellung des Rechtsfalles den Leser vor einer solchen Ausführlichkeit, welche zum Verständniß der Sache nichts beiträgt, und vor ermüdenden Wiederholungen, die in weit ausgesponnenen Rechtsstreitigkeiten oft genug vorkommen, zu sichern. Dagegen hat man aber eine detaillirtere Darlegung überall da für nothwendig erachtet, wo es darauf ankam, abweichende Rechtsansichten oder abweichende Auffassungen des Thatsächlichen in den verschiedenen Instanzen in ein helleres Licht zu stellen, oder wo ein treffendes Gesammtbild des Falles nur in dem vollen Umfange und Zusammenhange des Thatsächlichen gegeben werden, oder endlich wo nur das feinere Detail die wesentlichen Unterschiede verwandter und doch verschiedener Rechtsinstitute dem wissenschaftlichen Auge erkennbar machen konnte. Mannichfaltigkeit des den verschiedensten Rechtsgebieten und Gesetzgebungen angehörigen Stoffs wird dem Leser willkommen sein. Und speciell dem Praktiker der vier freien Städte wird in dieser Sammlung ein Ueberblick über den Stand der Praxis des höchsten Gerichtshofes der freien Städte geboten.

Lübeck im September 1865.

Bremen. 1.

P. A. Perthes in Gotha, Kläger, wider J. G. Arndt in Bremen, Beklagten, Schadensforderung wegen Nachdrucks betreffend.

---

1) Die Bundesbeschlüsse über den Nachdruck enthalten eine genaue Feststellung des Thatbestandes dieses Delicts nicht.

2) Zum Thatbestande des Nachdrucks ist außer der mechanischen Vervielfältigung erforderlich, daß das neue Druckwerk geeignet sei, das Originalwerk im Gebrauch zu ersetzen.

3) Der Nachdruck ist nach den Bundesbeschlüssen als eine widerrechtliche Vermögensverletzung aufzufassen.

4) Die in den einzelnen deutschen Staaten geltenden Nachdrucksgesetze sind nicht als Beschränkungen, sondern als Ergänzungen der Bundesbeschlüsse anzusehen.

5) Sammlungen von Auszügen aus den Werken mehrerer Schriftsteller zum Schulgebrauche sind auch nach den Bundesbeschlüssen über den Nachdruck für erlaubt zu halten, wenn nicht die Form eines Sammelwerks gewählt worden, um das Verbot des Nachdrucks zu umgehen.

6) Der Beweis eines Gewohnheitsrechts ist nicht nachzulassen, wenn die Partei es an der genügenden thatsächlichen Begründung der betreffenden Behauptung hat fehlen lassen.

Rechtsfall. Die Verlagshandlung Friedrich Andreas Perthes zu Gotha, welcher das Verlagsrecht der Bücher „fünfzig Fabeln für Kinder von W. Hey" und „Noch fünfzig Fabeln für Kinder von W. Hey" zusteht, erhob Klage wider den Lehrer Johann Gottlieb Arndt zu Bre-

men als Herausgeber dreier Lesebücher für Schulen mit der Behauptung, daß der letztere durch Aufnahme von 60 Stücken aus den Hey'schen Fabeln in die von ihm herausgegebenen Lesebücher einen Nachdruck begangen habe. Beklagter erwiederte, es liege ein Nachdruck nicht vor, da die herausgegebenen Lesebücher selbstständige zum Schulgebrauche bestimmte Sammelwerke seien. Eventuell existire in Bremen ein Gewohnheitsrecht, wonach die Aufnahme fremder literarischer Erzeugnisse in Sammlungen zum Schulgebrauche gestattet sei. Kläger berief sich für die Nachweisung, daß ein Nachdruck vorliege, insbesondere auf den Wortlaut des Art. 1 des Bundesbeschlusses vom 9. November 1837, der in Bremen, wo besondere Gesetze über den Nachdruck nicht erlassen worden, ohne Beschränkung zur Anwendung zu bringen sei, und suchte auszuführen, daß die in anderen deutschen Staaten erlassenen Nachdrucksgesetze, in denen Sammlungen zum Schulgebrauche wie die vorliegende erlaubt seien, Beschränkungen der Bundesbeschlüsse enthielten. Eventuell bitte Kläger um Nachlassung des Beweises eines Gewohnheitsrechts, wonach auch Sammelwerke der vorliegenden Art der Nachdrucksbestimmung unterworfen seien.

Das Obergericht zu Bremen erkannte sowohl in erster Instanz, als in der Revisionsinstanz auf Abweisung der Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Das Oberappellationsgericht, an welches Kläger appellirte, bestätigte die obergerichtliche Entscheidung durch Urtheil vom 28. Decbr. 1864.

In den Entscheidungsgründen zu diesem Urtheil heißt es:

I. Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Beantwortung der Frage, ob und eventualiter unter welchen Voraussetzungen durch Aufnahme einzelner Gedichte oder kürzerer Abschnitte aus anderen Werken in eine zum Schulgebrauche veranstaltete Sammlung von Auszügen aus den Werken mehrerer Schriftsteller ein strafbarer Nachdruck begangen werde?

Bei der Beantwortung dieser Frage sind, da in Bremen besondere den Nachdruck betreffende Gesetze nicht erlassen wor-

den, zunächst die daselbst publicirten Bundesbeschlüsse (insbesondere die Bundesbeschlüsse vom 9. November 1837 und 19. Juni 1845) in Betracht zu ziehen. Aus denselben ist hervorzuheben, daß die Regierungen sich über gewisse Grundsätze zu Gunsten der literarischen und artistischen Erzeugnisse geeinigt haben, namentlich darüber, daß die mechanische Vervielfältigung solcher Erzeugnisse ohne Einwilligung des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers für einen bestimmten Zeitraum verboten und der Contravenient neben der Verpflichtung zur Entschädigung des Verletzten in eine Geldstrafe zu verurtheilen sei. Die Bundesversammlung erwartete, daß diese allgemeinen Grundsätze von den Bundesregierungen durch specielle Gesetze oder Verordnungen in Ausführung gebracht würden.

An einer genauen Feststellung des Thatbestandes des Nachdrucks, welcher nach den Bundesbeschlüssen als ein auf Vermögensbeschädigung gerichtetes, auf Antrag des Verletzten zu bestrafendes Delict erscheint, fehlt es gänzlich.

Bei Erlaß des Bundesbeschlusses von 1837 war es nicht die Meinung, eine specielle und vollständige Umgrenzung dessen zu geben, was unter das Verbot des Nachdrucks fallen sollte. Von dieser Absicht war die Bundesversammlung vollständig zurückgetreten, nachdem die Jahre lang geführten Verhandlungen über eine umfassende, das Verbot des Nachdrucks normirende Gesetzgebung, denen anfangs ein in die Details eingehender Entwurf vom 9. Februar 1819 zu Grunde gelegt wurde, die Schwierigkeiten eines solchen Unternehmens aufgedeckt hatten, und begnügte man sich damit, für ganz Deutschland den Nachdruck positiv für verboten und strafbar zu erklären, was immerhin schon ein entscheidendes Resultat war, da die Bundesversammlung

vgl. Bundesbeschluß vom 9. Novbr. 1837 Art. 5

der Ansicht beitrat, daß der Nachdruck bis dahin gemeinrechtlich nicht als Delict aufzufassen sei. Was früher durch Privilegien in einzelnen Fällen den Autoren und Verlegern von einzelnen Staaten gewährt worden und demnächst in einzelne

Particulargesetze übergegangen war — das Verbot des Nachdrucks — sollte in Deutschland allgemeine Gültigkeit haben.

Wenn man sich zur Bezeichnung des Nachdrucks der Worte „mechanische Vervielfältigung" bediente, so wollte man damit nur die verschiedenen Formen der Nachbildung (Druck, Lithographie, Abschreiben, Kupferstich, Stahlstich u. s. w.) in einen Ausdruck zusammenfassen, da man voraussetzte, daß die Bestimmungen des Bundesbeschlusses und also gewiß vorzugsweise der aufgestellte Begriff des Nachdrucks die nähere Erläuterung und Ergänzung in den Particulargesetzgebungen finden werde.

Vgl. Bundesbeschluß vom 9. Novbr. 1837. Art. 6.

Schon diese im Bundesbeschlusse von 1837 selbst ausgesprochene Voraussetzung schließt den Gedanken aus, daß mit dem Ausdruck „mechanische Vervielfältigung" eine vollständig fertige Beschreibung des Thatbestandes des strafbaren Nachdrucks hätte gegeben werden sollen. Eine buchstäbliche Anwendung würde denn auch gar nicht durchführbar sein und den Autoren und Verlegern selbst ebenso gut zur Beschwerde gereichen, wie dem Publikum. Man kann daher gar nicht umhin, den gebrauchten Ausdruck nach dem Zwecke des Gesetzes näher zu bestimmen, und da dieser kein anderer war, als der p e c u n i a i r e n V e r w e r t h u n g der literarischen und artistischen Erzeugnisse einen Schutz zu gewähren, so ist die vom Gesetze verbotene Handlung als ein Vermögensdelict aufzufassen, und zu der Frage, ob die Nachbildung eines literarischen Erzeugnisses entweder ganz oder doch so gut als ganz in einer bloß mechanischen Vervielfältigung bestehe, immer noch die zweite Erwägung hinzuzunehmen, ob das neue Druckwerk seiner Bestimmung und seiner ganzen Einrichtung und Beschaffenheit nach geeignet sei, das Originalwerk im Gebrauche zu ersetzen. Nur eine richtige Combination beider Erwägungen wird im einzelnen Falle erkennen lassen, ob eine Druckschrift als wirklicher Nachdruck anzusehen sei oder nicht.

Daß der Ausdruck „mechanische Vervielfältigung" in diesem Sinne zu verstehen und nicht buchstäblich zu nehmen sei,

wird gerade in Betreff der durch Auszüge aus den Werken mehrerer Autoren hergestellten Sammelwerke zum Schulgebrauche bestätigt durch das Verhältniß, in welchem die Deutschen Particulargesetze zu den Bundesbeschlüssen über den Nachdruck stehen.

Sowohl die Gesetze über den Nachdruck vor dem Bundesbeschlusse von 1837: in Baden das Landrecht, Luxemburg 2. Januar 1817, Anhalt-Dessau 15. November 1827, Anhalt-Köthen 23. Decbr. 1828, Hessen-Cassel 16. Mai 1829, Hessen-Darmstadt 23. September 1830, Sachsen-Coburg-Gotha 18. Septbr. 1828, Sachsen-Meiningen-Hildburghausen 7. Mai 1829, Preußen 11. Juni 1837, als auch die nach dem gedachten Bundesbeschlusse erlassenen Gesetze: in Sachsen-Weimar-Eisenach 11. Januar 1839, Baiern 15. April 1840, Braunschweig 10. Febr. 1842, Oesterreich 19. October 1846, Hamburg 25. November 1847, erwähnen die Aufnahme einzelner Aufsätze, Gedichte ꝛc. in Sammlungen; in mehreren derselben wird ausdrücklich der Zweck des Schulgebrauchs hinzugefügt. Uebereinstimmend aber wird in allen diesen Gesetzen ausgesprochen, daß eine solche Aufnahme in Sammlungen kein unerlaubter Nachdruck sei, in dem Oesterreichischen Gesetze mit der ganz singulären Beschränkung, daß die Originalquelle anzugeben sei und die in ein Sammelwerk aufzunehmenden Stücke nicht über einen Druckbogen ausmachen dürfen.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß in den Staaten, in welchen schon vor 1837 Anthologieen und ähnliche Sammelwerke namentlich zum Schulgebrauche für erlaubt erklärt waren, diese Bestimmung auch nach dem Bundesbeschlusse von 1837 als unverändert fortbestehend behandelt wurde, indem man eben durch solche vorausgegangenen Gesetze den Vorbehalt im Art. 6 des Bundesbeschlusses für erledigt hielt.

Z. B. in Preußen wurde der Bundesbeschluß vom 9. November 1837 am 11. December desselben Jahres publicirt und erst hinterher am 18. December die Verordnung vom 11. Juni 1837 zum Schutze gegen den Nachdruck, welche im

§ 4 die Aufnahme von Aufsätzen anderer Autoren in Sammlungen zum Schulgebrauche ausdrücklich gestattet. — Ferner in Sachsen-Coburg-Gotha, wo das Gesetz von 1828 die Auszüge aus anderen Werken in Form von Chrestomathieen und Anthologieen im § 6 für erlaubt erklärte, geschah die Publication des Bundesbeschlusses von 1837 mit dem Zusatze: Es solle darauf gesehen werden, daß der Beschluß sowohl überhaupt als insbesondere auch hinsichtlich der im Art. 1 dem Verlagsrechte gegebenen Ausdehnung gehörig beobachtet werde, „in welcher Beziehung den in der Verordnung vom 18. September 1828 desfalls vorgeschriebenen Anordnungen nachzugehen ist, wie denn überhaupt diese Verordnung in allen den Fällen, wo dieselbe im Bundesbeschlusse nicht begriffene Bestimmungen enthält, nach wie vor ihre gesetzliche Kraft behält." — Ebenso wurde in Sachsen-Meiningen, nach dessen Gesetz von 1829 Chrestomathieen, Anthologieen u. dgl. nicht für Nachdruck erachtet werden sollen, der Bundesbeschluß von 1837 mit dem Zusatz publicirt, daß die Verordnung von 1829 fortwährend in Kraft bleibe.

Ebensowenig ist zu bezweifeln, daß die Gesetze, welche nach 1837 erlassen wurden, von den einzelnen Staaten und von der Bundesversammlung nicht als eine Abänderung, sondern als eine Ausführung des Bundesbeschlusses von 1837 angesehen wurden und nur so angesehen werden können, weil man sonst zu der Annahme gelangen würde, die betreffenden Bundesregierungen hätten die so eben beim Bunde angenommenen Grundsätze über das Verbot des Nachdrucks durch die resp. Particulargesetze wieder aufheben wollen. Daß dies nicht die Meinung war, zeigt, um nur einzelne Beispiele anzuführen, die Auffassung Preußens, welches durch das Gesetz vom 11. Juni 1837 einen über den Bundesbeschluß von 1837 *hinausgehenden* Schutz gegen den Nachdruck zu gewähren beabsichtigte, und das die Auszüge aus fremden Werken gleichfalls gestattende Weimar'sche Gesetz vom 11. Januar 1839, welches im Eingange sagt, es solle der Schutz gegen den Nachdruck und die Nachbildung *in noch weiterem Um*-

fange gesichert werden, als es durch den publicirten Bundesbeschluß geschehen sei.

Auch diejenigen Staaten, welche in ihren den Nachdruck betreffenden Gesetzen des speciellen Falles der Sammelwerke nicht gedenken, wie Sachsen, Hannover und Würtemberg, vermeinten keineswegs, daß der Ausdruck des Bundesbeschlusses „mechanische Vervielfältigung" buchstäblich zu verstehen sei, wie dies aus den Aeußerungen dieser Staaten bei Gelegenheit der Verhandlungen am Bundestage hervorgeht.

Vgl. Protokolle der Bundesversammlung Bd. IX. Seite 137 Jahrgang 1843 Seite 684, 1844 Seite 856.

Endlich aber ist noch darauf hinzuweisen, daß der schon oben erwähnte, den Berathungen in der Bundesversammlung zu Grunde gelegte Entwurf vom 9. Februar 1819 im Art. 11 Auszüge aus anderen Werken in Sammlungen für erlaubt erklärt, und daß keine der Bundesregierungen gegen den Inhalt des Art. 11 sich ausgesprochen hat, der denn auch in verschiedenen Fassungen in die meisten Particulargesetze übergegangen ist.

Ist nun aber die Bedeutung des Bundesbeschlusses die angegebene, so muß man daraus folgern, daß auch die Staaten, welche sich einfach auf Publication desselben beschränkten, nicht gemeint sein konnten, damit ein buchstäblich zu vollziehendes Strafgesetz zu erlassen, sondern daß sie den darin bloß angedeuteten Begriff des Nachdrucks als einen herkömmlichen und doctrinell näher bestimmbaren voraussetzten. Man wollte durch positive Gesetzesbestimmung nur das für strafbar erklären, was in Deutschland schon allgemein als unerlaubt angesehen wurde, aber nicht, wozu auch die gewählte unbestimmte Wortfassung ganz ungeeignet war, einen neuen Begriff des Nachdrucks aufstellen. Man durfte einen herkömmlichen Begriff des Nachdrucks aber wohl voraussetzen. Denn wenn auch der Nachdruck vor 1837 gemeinrechtlich nicht mit Strafe bedroht war, so existirten doch schon längst Privilegien und einzelne Particulargesetze gegen denselben, und seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts wurde die Ansicht immer

allgemeiner, daß der Nachdruck für einen unerlaubten Eingriff in die Privatrechte der Autoren und Verleger zu halten sei.

Vgl. Wahlcapitulation von 1790 art. VII. § 1.
Runde Privatrecht § 197 c.
Danz Handbuch Bd. 2. S. 224 flg.
Eichhorn Deutsches Privatrecht § 386.

Das oben Ausgeführte wird durch die tägliche Uebung auch in den Staaten bestätigt, deren Gesetze Sammelwerke der fraglichen Art nicht speciell erwähnen. Es erscheinen auch in diesen Staaten alljährlich Sammelwerke zum Schulgebrauche, und ist es zugleich bekannt, daß solche Sammlungen ungehindert von den Gesetzen über den Nachdruck im Verkehr bisher in ganz Deutschland die allgemeinste Verbreitung gehabt haben. Jolly (Lehre vom Nachdruck S. 158) macht in dieser Beziehung die gewiß ganz richtige Bemerkung, das diese Sitte nicht eine charakterlose Indulgenz gegen ein nur halb erkanntes Unrecht sei, sondern daß sie festgegründet in der Rechtsanschauung des Volkes wurzele. Zwar beruft sich Kläger unter Bezugnahme auf

Wächter das Verlagsrecht § 41 seq.

darauf, daß solche Sammelwerke nach der Bundesgesetzgebung für verbotenen Nachdruck und für erlaubt nur in den Staaten zu halten seien, in welchen die Particulargesetzgebung dies ausdrücklich ausspreche. Das Irrige dieser Auffassung aber folgt daraus, daß die Particulargesetze nicht als Beschränkungen der Bundesbeschlüsse anzusehen sind, da sich gezeigt hat, daß dieselben nur die weitere Ausführung der vom Bunde sanctionirten Grundsätze enthalten.

So ergiebt sich denn als Antwort auf die vorangestellte Frage das Folgende:

Die aus den Aufsätzen fremder Autoren zum Zwecke des Unterrichts in den Schulen zusammengestellten Sammlungen, welche die durch den beabsichtigten Zweck vorgezeichneten Grenzen nicht überschreiten, sind für unerlaubten Nachdruck zu keiner Zeit gehalten worden, und da es nicht die Meinung der Bundesgesetzgebung gewesen ist, an dem schon damals

bestehenden Begriffe des Nachdrucks irgend etwas zu ändern, so sind die Sammelwerke dieser Art auch in den Staaten, welche sich lediglich mit der Publication der Bundesbeschlüsse über den Nachdruck begnügten, für erlaubt zu halten. Selbstverständlich aber ist hiebei — übrigens auch für die Staaten, welche durch Gesetz derartige Sammlungen ausdrücklich erlaubt haben — die aus dem Zwecke der Nachdrucksgesetzgebung hervorgehende Beschränkung, daß die Form eines Sammelwerks nicht gewählt werden darf, um das Verbot des Nachdrucks zu umgehen.

II. Legt man diesen Maaßstab der Beurtheilung an die im gegenwärtigen Processe zur Frage stehenden Lesebücher, so ist

1) unzweifelhaft ein unerlaubter Nachdruck nicht anzunehmen hinsichtlich des „ersten Lesebuchs," welches aus sämmtlichen Hey'schen Fabeln 2c. nur 8 Stücke ganz und 3 Stücke theilweise enthält, und hinsichtlich des „Lesebuchs für Volksschulen," welches nur 1 Hey'sche Fabel und 4 Stücke aus dem Anhange zu den Fabeln aufgenommen hat. Daß bei einer so beschränkten Benutzung eines fremden Werks die Grenzen nicht überschritten worden, innerhalb deren die Aufnahme von Auszügen aus Werken anderer Schriftsteller in ein zum Lehrgebrauche in Schulen bestimmtes Sammelwerk statthaft ist, bedarf einer weiteren Ausführung nicht.

2) Zweifelhafter könnte die Beurtheilung erscheinen hinsichtlich des „zweiten Lesebuchs." Zwar ist auch hier so viel gewiß, daß die Aufnahme von 6 Stücken (3 ganz und 3 unvollständig) aus der Schrift: „Noch 50 Fabeln für Kinder" einen Nachdruck dieser Schrift nicht enthält. Aber es sind außerdem aus der Schrift „50 Fabeln für Kinder" und dem dazu gehörigen (91 verschiedene Stücke enthaltenden) Anhange resp. 30 Fabeln und 8 Stücke aufgenommen. Indessen ist auch in dieser allerdings umfänglicheren Benutzung des gedachten Werks ein unerlaubter Nachdruck nicht zu finden. Denn das „zweite Lesebuch" ist eine nach einem bestimmten Systeme geordnete Zusammenstellung von 313 Gedichten und zum Theil längeren prosaischen Aufsätzen verschiedener Auto-

ren, welche einem ganz anderen Zwecke dienen soll, als die mitbenutzten Hey'schen Fabeln. Letztere sind, wie die darin enthaltene Nachschrift an die Eltern selbst besagt, nicht zum Gebrauche in Schulen geeignet, während das zweite „Lesebuch" lediglich diese Bestimmung hat. Die benutzten Auszüge aus dem Hey'schen Werke erhalten eine ganz veränderte Bedeutung dadurch, daß sie untermischt mit einem aus zahlreichen anderen Werken entnommenen Stoffe in einen Zusammenhang gebracht sind, den sie in dem Hey'schen Werke nicht haben, so daß, worauf der Beklagte sich mit Grund beruft, das fragliche Lesebuch selbst als ein eigenthümliches literarisches Erzeugniß und Product einer besonderen geistigen Thätigkeit erscheint. Dazu kommt, daß den Hey'schen Fabeln gerade durch die beigefügten Speckterschen Bilder ihre charakteristische Bedeutung gegeben wird, welche sie von allen übrigen Schriften dieser Art unterscheidet, daß aber in dem „zweiten Lesebuche" diese Bilder ganz fehlen. Aus allem diesem ergiebt sich, daß die Reproduction der Fabeln und Stücke aus dem Hey'schen Werke, wenn auch die Zahl der ausgezogenen Stellen nicht geringe ist, in so veränderter Gestalt erfolgte, daß durch die Aufnahme derselben in eine zum Lehrgebrauche in Schulen dienende Sammlung von Gedichten, Aufsätzen ꝛc. verschiedener Autoren ein versteckter Nachdruck nicht begangen worden. Wenn auch die Vervielfältigung eines Theils der Hey'schen Fabeln ꝛc. als eine mechanische (durch Wiederabdruck) sich herausstellt, so läßt sich doch nach dem Dargelegten mit Grund nicht behaupten, es sei in das „zweite Lesebuch" so viel aus den Hey'schen Fabeln aufgenommen, daß diese selbst im Wesentlichen nur unter Hinzufügung anderen Stoffes sich wiedergegeben fänden; es ist vielmehr das „zweite Lesebuch" seiner Bestimmung und seiner ganzen Anlage nach durchaus ungeeignet, den Vertrieb der Hey'schen Fabeln im Buchhandel zu beeinträchtigen; es ist nicht geeignet, die letzteren in irgend einer Weise zu ersetzen, da die Benutzung desselben nichts von dem bietet, was bei Anschaffung der Hey'schen Fabeln intendirt wird.

Es fehlt mithin das für den Begriff des Nachdrucks außer der mechanischen Vervielfältigung erforderliche weitere Requisit, daß das neue Druckwerk geeignet sei, das Originalwerk im Gebrauche zu ersetzen, und ist daher ein wirklicher Nachdruck nicht vorhanden.

III. Die Ausführungen des Klägers, durch welche er den Thatbestand des unerlaubten Nachdrucks nachzuweisen versucht, sind zum größten Theile schon durch das Obige widerlegt und müssen auch, soweit dieselben noch nicht berührt sind, für unzutreffend erachtet werden.

1) In der Untersuchungssache wider Ordemann und Münkel, in welcher eine Entscheidung des O. A. Gerichts unterm 30. Juni 1856 erging, handelte es sich darum, ob in dem besonderen Abdrucke eines Artikels oder mehrerer aus einem Sammelwerke ein strafbarer Nachdruck liege. Jetzt liegt gerade der umgekehrte Fall vor: Aufnahme einzelner Stücke aus einer fremden Schrift in ein Sammelwerk. Die Bezugnahme auf die damalige Entscheidung erscheint hiernach fehlsam. Uebrigens ist schon in der Sache Ordemann und Münkel vom O. A. Gerichte anerkannt worden, daß ein Sammelwerk der vorliegenden Art unter Umständen nicht als Nachdruck, sondern als selbstständiges literarisches Erzeugniß anzusehen sei.

2) Die Aufstellung, auch der Wiederabdruck einer einzigen Hey'schen Fabel sei unerlaubt, weil diese Fabeln einzeln gedruckt und verkauft werden könnten, ist unbegründet, da Kläger behauptet, daß der Nachdruck hinsichtlich eines in bestimmter Form veröffentlichten Werks begangen worden, es also nur darauf ankommen kann, ob in Bezug auf die Hey'schen Schriften, so wie sie publicirt worden, ein Nachdruck vorgekommen ist oder nicht.

3) Durch den innerhalb gewisser Grenzen erlaubten Nachdruck von Auszügen aus anderen Werken in der Form von Sammelwerken wird der Schutz gegen den Nachdruck keineswegs illusorisch, wie der Kläger vermeint. Derselbe wird dadurch, wie gezeigt worden, nur auf das richtige Maaß zurückgeführt.

IV. — — — — — — — — — — — —

V. 1) — — — und 2) — — — — — —

V. 3) Ebensowenig war der eventuellen 5. Beschwerde, daß nicht den Anträgen des Klägers gemäß eventualiter in anderer Weise auf Beweis erkannt sei, zu entsprechen. Der Beklagte bedurfte, wie sich gezeigt hat, gar nicht der Berufung darauf, es habe sich in Bremen ein Gewohnheitsrecht, wonach Sammelwerke dem Nachdrucksverbote nicht unterliegen, gebildet. Wenn aber Kläger eventuell um Nachlassung des Beweises eines Bremischen Gewohnheitsrechts gebeten, wonach auch Sammelwerke der Nachdrucksbestimmung unterworfen seien, so entbehrt diese Behauptung der genügenden thatsächlichen Begründung, der es um so mehr bedurfte, als hier ein Gewohnheitsrecht in Frage stehen würde, das sich auf eine für Bremen erst durch die Bundesgesetze für strafbar erklärte Handlung bezieht. Wollte nun Kläger sich darauf berufen, der Thatbestand dieses Delicts sei in der Bremischen Rechtsprechung anders aufgefaßt worden, als in den übrigen deutschen Staaten, so mußte er mit Bestimmtheit behaupten, es seien in Bremen schon Urtheile der Gerichte in dem ihm günstigen Sinne ergangen, in specie es sei von den Bremischen Gerichten die Herausgabe von Sammlungen aus anderen Werken als Nachdruck geahndet worden. Zu dieser Behauptung ist der Kläger nicht im Stande gewesen, und erscheint daher die Behauptung eines Gewohnheitsrechts ungenügend motivirt.

Bemerkung.

Es ist nicht ohne Interesse darauf hinzuweisen, daß der gegenwärtig der Bundesversammlung unterstellte Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Urheberrechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst mit der Auffassung der obigen Entscheidung ganz übereinstimmt. Dieser Gesetzentwurf beschreibt zwar im § 1 nach wie vor den Nachdruck als „mechanische Vervielfältigung „literarischer Erzeugnisse ohne Genehmigung ihres Urhebers

„resp. seiner Rechtsnachfolger," erkennt aber auch durch die in seinen übrigen Bestimmungen gegebene Begrenzung und Erläuterung des vorangestellten Begriffs an, daß durch denselben nicht eine Präcisirung des Thatbestandes des Nachdrucks beabsichtigt werde, und verfügt im § 7: „Ebenso„wenig wird als Nachdruck behandelt die Benutzung eines „literarischen Erzeugnisses zur Hervorbringung eines anderen, „sofern sie nur der Hauptsache nach nicht in eine Umgehung „des im § 1 ausgesprochenen Verbots ausartet; so ist nament„lich zuläßig das wörtliche Anführen einzelner Stellen eines „Werkes oder selbst die Aufnahme einzelner kleinerer Auf„sätze und Gedichte oder einzelner Abschnitte aus anderen „Werken in ein seinem Hauptinhalte nach selbstständiges „Werk oder in eine zu einem eigenthümlichen literarischen „Zwecke oder zum Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauche „veranstaltete Sammlung von Auszügen aus den Werken „mehrerer Schriftsteller."

Hamburg. 2.

Dr. **H. Wex** m. n. M. zu Rostock, Kläger, wider Dr. **Minder** m. n. Christiane geb. X., jetzt N. N. Ehefrau zu Hamburg, Beklagten, Bestellung einer Administration betreffend.

---

1) Der Ausdruck „gesetzliches Erbrecht" bezeichnet das Intestat-, nicht das Pflichttheilsrecht.

2) Eine Vereinbarung, durch welche sich der Contrahent für einen gewissen Fall unter Curatel stellt, ist ungültig, jedoch gültig eine Vereinbarung, wodurch der Contrahent sich Beschränkungen in der Dispositionsbefugniß über sein Vermögen unterwirft.

3) Das Interesse, welches ein Vater daran hat, daß seinen Kindern ein bestimmtes Vermögen erhalten bleibe, ist für sich allein ausreichend, den Vater zum Abschlusse von Verträgen,

welche die Sicherung dieses Vermögens zum Gegenstande haben, und zur klagweisen Geltendmachung der Ansprüche aus solchen Verträgen im eigenen Namen befugt erscheinen zu lassen.

4) Nach der Rechtsprechung des O.-A.-Gerichts enthält die Nichtberichtigung der Kosten eines früheren Rechtsstreits keinen Grund, in einem späteren Processe die Einlassung zu verweigern.

5) Der Vertrag, den Ehebrecher nicht zu heirathen, ist für unzulässig nicht zu halten.

Rechtsfall. Kläger schloß mit der Beklagten, seiner damaligen Ehefrau, im Juli 1851 einen Vertrag ab, in welchem sich dieselbe insbesondere in Bezug auf das ihr aus dem Nachlasse ihres Vaters und der väterlichen Seitenverwandten zufallende Vermögen aller das gesetzliche Erbrecht ihrer Kinder aus der Ehe mit dem Kläger beeinträchtigenden Verfügungen unter Lebenden und auf den Todesfall begab (§ 6) und ausdrücklich darauf verzichtete, den Kaufmann N. N., mit dem sie im Ehebruch ein Kind (Emma) erzeugt hatte, nach Auflösung ihrer mit dem Kläger bestehenden Ehe wieder zu heirathen, wogegen die Aufhebung dieser Ehe namentlich von dem Kläger herbeigeführt werden sollte (§ 7). Weiter heißt es im § 9 des Vertrags:

„Sollte aber die Madame M. geb. X. den Bestimmungen der §§ 6 und 7 dieser Vereinbarung entgegenhandeln, so verwillkührt dieselbe ausdrücklich und räumt dem Kaufmann M. volle Macht und Befugniß ein, diesen Vergleich für ungültig zu erklären, wonach denn alle Rechte des M., welche aus dem zugestandenen Ehebruche der Madame M. ihm erwachsen sind, wieder vollständig in Kraft treten. Weiter gesteht die Madame M. in solchen Fällen dem Kaufmann M. event. seinen Erben das Recht zu, eine Administration ihres Vermögens bei dem Obergerichte zu Rostock, welches vertragsmäßig als competentes Forum, wenn auch die Madame M. in Rostock nicht ihren Wohnsitz haben sollte, angesehen werden soll, zu beantragen, und verspricht die Madame M., sich

einer solchen von dem Obbergerichte zu bestellenden Administration unweigerlich zu unterwerfen."

Dem Vertrage zuwider heirathete die Beklagte, nachdem sie vom Kläger geschieden war, den Kaufmann N. N., jetzt in Hamburg, wiewohl auch in dem landesherrlichen Scheidungsrescripte ein bezügliches Verbot ausgesprochen war.

Hierauf stellte ihr früherer Ehemann beim Niedergerichte in Hamburg eine Klage wider sie an, worin er auf Grund des obigen Vertrags bat, ihr gesammtes Vermögen unter Administration zu stellen und nach gehöriger Feststellung des Betrags dieses Vermögens dasselbe an den vom Niedergerichte zu bestellenden Administrator herauszugeben. N. N. excipirte Namens seiner Ehefrau: 1) Beklagte begehre Caution für die Prozeßkosten, 2) ferner ehe sie sich einzulassen brauche, Erstattung der durch die früher in Bezug auf denselben Anspruch versuchte Rechtsverfolgung (welche übrigens nicht bis zur Insinuation der Klage geführt hatte) erwachsenen Kosten. 3) Nur beim Obergerichte in Rostock könne Kläger die Administration beantragen. 4) Nicht die Beklagte, Ehefrau eines mit ihr in Gütergemeinschaft lebenden Hamburgischen Bürgers, könne belangt werden, sondern nur ihr Ehemann. 5) Es stehe nicht fest, daß das Obergericht in Rostock eine Administration bestellen werde, also sei die Klage angebrachter Maßen abzuweisen. 6) Nach dem Vertrage solle das Obergericht zu Rostock die Administration anordnen, nach der Klagbitte das Niedergericht in Hamburg. 7) Kläger habe die Rechte seiner nicht mehr in väterlicher Gewalt stehenden Kinder, in deren Interesse der Vertrag abgeschlossen sei, nicht zu vertreten. 8) Der Ausdruck „gesetzliches Erbrecht" beziehe sich nur auf den Pflichttheil der Kinder. 9) Von einem eigenen Rechte des Klägers aus dem Vertrage könne keine Rede sein. 10) Die Zustimmung der Beklagten zum Vertrage sei erschlichen durch die Vorspiegelung des Klägers und seiner Helfershelfer, ihr (der Beklagten) Vater wolle dies Arrangement und werde ihr, wenn sie dasselbe eingehe, verzeihen. Ihr Vater habe nichts von dem Vertrage gewußt und denselben, als er den Inhalt

erfahren, gemißbilligt. 11) Der Vertrag enthalte eine ungültige Stipulation über die Leistungsverbindlichkeit eines Dritten. 12) Der Inhalt des Vertrags sei unsittlich, indem die Beklagte auf die Wiederverheirathung mit N. N. verzichtet habe, wodurch allein ihr Vergehen gegen ihren ersten Ehemann hätte entschuldbar werden können; auch habe sie sich verpflichtet, ihre Tochter Emma im Pflichttheil gesetzwidriger Weise zu beeinträchtigen. — Kläger bestritt in der Replik die Richtigkeit der beklagtischen Einwendungen und bemerkte: ad 6) Er stelle es dem richterlichen Ermessen anheim, ob das Niedergericht zu Hamburg oder das Obergericht zu Rostock den Administrator zu ernennen habe; ad 10) leugnete er die von der Beklagten behauptete Täuschung, die übrigens nur einen Nebenpunkt, das Einverständniß eines Dritten, betreffe. Beklagte habe in diesem Betreff rechtzeitig Restitution nachzusuchen versäumt, auch habe sie, über die Stimmung ihres Vaters in Kenntniß gesetzt, den Vertrag ausdrücklich und stillschweigend als rechtsverbindlich anerkannt. —

Während der Verhandlungen in dritter Instanz überreichte Kläger eine inzwischen erlassene Verfügung des Obergerichts zu Rostock, daß der Bestellung einer dortigen Administration ein rechtliches Hinderniß nicht entgegenstehe, falls Beklagte zur gänzlichen oder theilweisen Herausgabe ihres Vermögens in foro domicilii rechtskräftig verurtheilt werde. Ferner wurde wider den Kläger ein gerichtliches Verfahren aus der Mecklenburgischen Verordnung vom 17. December 1834, betr. Eröffnung und Abwendung von Concursen, eingeleitet. —

In erster Instanz erkannte das Niedergericht in Hamburg am 19. Juni 1863:

Da in § 9 des beigebrachten Ehescheidungsvertrages der Parteien für den eingetretenen Fall der Wiederverheirathung der Beklagten mit ihrem jetzigen Ehemanne der klagende Vollmachtgeber befugt worden ist, eine Administration des Vermögens der Beklagten bei dem löblichen Obergerichte zu Rostock, welches vertragsmäßig als competentes Forum, wenn auch die Beklagte in Rostock nicht ihren Wohnsitz haben

würde, angesehen werden soll, zu beantragen, und die Beklagte sich verpflichtet hat, sich einer solchen dort zu bestellenden Administration unweigerlich zu unterwerfen, — da nun mand. nom. Kläger, nachdem er in seiner Klage den Antrag gestellt, diese Administration hier anzuordnen, und die Beklagte diesen Antrag, weil mit dem gedachten Vertrage im Widerspruch stehend, excipiendo als unschlüssig bekämpft hatte, jetzt in der Replik Pag. 41/49 erklärt hat, daß er die hiesige Administration nur im Interesse der hier ansässigen Beklagten beantragen zu sollen geglaubt habe, daß er nunmehr aber, bei dem erfolgten desfallsigen Widerspruche der Beklagten, seine Klagbitte emendirend die Entscheidung darüber, ob demnächst, nachdem die Verpflichtung der Beklagten, sich einer solchen Administration zu unterwerfen, rechtskräftig festgestellt sein werde, diese Administration hier oder in Rostock zu bestellen sei, dem Ermessen der hiesigen Gerichte überlassen wolle, — da es unter diesen Umständen für die geeignete Fortleitung dieses Rechtsstreites erforderlich erscheint, vorgängig darüber Gewißheit zu erlangen, ob das Rostocker Obergericht auf die Anordnung einer dortigen Administration eingehen werde,

da ferner aus den § 6—9 des gedachten Ehescheidungsvertrages sich ergiebt, daß der Zweck der obenerwähnten Administration ein zwiefacher ist, indem dadurch eine vorgängige Sicherstellung gewährt werden soll einmal für die Geltendmachung der durch die Verheirathung der Beklagten mit N. N. wieder in Kraft getretenen Rechte, welche dem Kläger selbst, in Folge des von der Beklagten früher begangenen Ehebruchs, bei der Scheidung auf das damalige Vermögen derselben gesetzlich in Mecklenburg zugestanden haben sollen, und zweitens für das dereinstige gesetzliche Erbrecht der vom Kläger mit der Beklagten gezeugten beiden Kinder an den nach Trennung der Ehe der Beklagten aus dem Nachlasse ihres Vaters und ihres väterlichen Oheims (X.) zugefallenen Erbtheilen, — da nun Kläger replicando nicht zu bestreiten vermocht hat, daß die zur Zeit des Abschlusses jenes Ver-

trages noch minderjährigen Kinder inzwischen beziehungsweise durch Volljährigkeit und Verheirathung aus der väterlichen Gewalt geschieden, und (wie auch die Anl. 1 zum duplicarischen Nachtrage ergiebt) nach Mecklenburger Recht im Stande sind, die durch den Vertrag des Vaters ihnen früher gesicherten Rechte selbstständig zu vertreten, — da, wenn nun zwar der Kläger nach § 9 befugt erscheinen könnte, die zur Herbeiführung dieser Administration erforderlichen Schritte selbstständig zu unternehmen, doch unter den jetzigen veränderten Verhältnissen und weil die Administration jedenfalls hauptsächlich zur Sicherung der Rechte der Kinder vereinbart ist, für die Legitimation des Klägers zur Verfolgung der erhobenen Klage entweder der Beitritt der Kinder zu diesem Processe oder doch der Nachweis ihres Einverständnisses mit demselben erforderlich ist,

daß mand. nom. Kläger vorgängig zu verpflichten sei, in 4 Wochen

1) bei Strafe der Entbindung der Beklagten von der Instanz Caution für die Proceßkosten bis zur Summe von Crt. ℔ 200. zu bestellen;

2) unter gleichem Präjudize entweder den Miteintritt der beiden Kinder seines Vollmachtgebers Wilhelm M. und Charlotte geb. M. verwittweten S. in diesem Processe unter Bestellung eines hiesigen Bevollmächtigten zu veranlassen, oder nachzuweisen, daß dieselben mit der Erhebung dieser Klage abseiten ihres Vaters, soweit dieselbe die Sicherstellung ihrer Erbrechte an den obgedachten Vermögenstheilen der Beklagten betrifft, einverstanden seien und die Verfolgung derselben ihm allein überlassen wollen;

3) bei Strafe von 10 ℔ eine Bescheinigung des Rostocker Obergerichts darüber beizubringen, ob das gedachte Gericht, wenn in dem gegenwärtigen Rechtsstreite die Verpflichtung der Beklagten in Gemäßheit des § 9 des zwischen ihr und dem Kläger unter dem 22./26. Juli 1851 zu Rostock und Dresden geschlossenen Ehescheidungsvertrages, ihre fraglichen Vermögenstheile einer von dem Rostocker Obergerichte anzu-

ordnenden Administration zu unterwerfen, rechtskräftig festgestellt werden sollte, auf die Bestellung einer dortigen Administration eingehen, oder solche von sich ablehnen werde.

Und bleiben im Uebrigen und namentlich auch rücksichtlich der gegen die Rechtsgültigkeit aller fraglichen Bestimmungen des gedachten Ehescheidungs-Vertrages vorgebrachten Einreden für jetzt beiden Parteien alle Rechtszuständigkeiten im weitesten Umfange vorbehalten. —

Auf beiderseitige Appellation erging das folgende Erkenntniß des Obergerichts vom 5. Februar 1864:

da, wenn in den §§ 6 und 9 der Vereinbarung (Anlage 2 zur Klage) dem Kläger resp. seinen Erben oder dem Kläger eventualiter seinen Erben gewisse Rechte zugestanden werden, hiemit nichts Anderes verstanden sein kann, als daß die dem Kläger zunächst für ihn selbst eingeräumten Befugnisse für den Fall seines Todes auf seine alsdann vorhandenen Erben übergehen sollen, hieraus aber nicht mit dem Erkenntniß a quo die Nothwendigkeit des Miteintritts der klägerischen Kinder in diesen Rechtsstreit noch bei Lebzeiten ihres Vaters zu folgern sein würde; da sodann der Kläger, welcher in der Klage die Auslieferung des Vermögens der Beklagten an einen vom Niedergericht zu ernennenden Administrator beantragt hatte, zwar diesen Antrag replicando dahin abgeändert hat, daß der Administrator entweder von dem Rostocker Obergericht oder nach Ermessen des Niedergerichts von letzterem ernannt werden möge; da jedoch, abgesehen von der Frage der processualischen Zulässigkeit dieser Abänderung, die Vereinbarung im § 9 dem Kläger ausschließlich das Recht zuspricht, seinerseits eine Administration des Vermögens der Beklagten bei dem Obergericht in Rostock zu beantragen; da es hiernach weder zulässig noch angemessen erscheint, daß unter den jetzigen Parteien über die hypothetische Verpflichtung der Beklagten sich einer solchen Administration zu unterwerfen, gestritten werde, vielmehr zur Geltendmachung dieser Verpflichtung nur ein in Gemäßheit der Vereinbarung ernannter Administrator für legitimirt zu erachten, und so-

dann über die materielle Gültigkeit oder Ungültigkeit der Vereinbarung so wie über die sonstigen Einwendungen der Beklagten weiter zu verhandeln und zu entscheiden sein würde:

daß auf Grund der beklagtischen Beschwerden das niedergerichtliche Erkenntniß vom 19. Juni v. J. wieder aufzuheben, und Kläger mit der von ihm angestellten Klage unter Verurtheilung in die Kosten der ersten Instanz abzuweisen sei, wobei es einer Entscheidung über die klägerischen Beschwerden nicht bedarf.

Kläger appellirte weiter an das O.-A.-Gericht, welches am 16. Januar 1865 dahin erkannte:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 5. Februar 1864 wieder aufzuheben, und

1) das Niedergerichts-Urtheil vom 19. Juni 1863 in seinem Decisum 1 wiederherzustellen, nach Erledigung des Cautionspunktes aber

2) Beklagte verbunden sei, einer Administration, deren Bestellung bei dem Obergerichte in Rostock zu beantragen dem Kläger überlassen bleibt, den Betrag ihres Eingebrachten in erster Ehe und des von ihrem Vater und Vatersbruder ererbten Vermögens nach dem am 19. November 1860 vorhandenen Bestande in Gemäßheit eines Inventars oder einer eidlichen Specification Zwecks Verwaltung der Substanz dieser Vermögenstheile auszuantworten, sie könnte und wollte denn rechtlicher Art nach erweisen:

daß sie zum Abschluß des Vertrages vom 22./26. Juli 1851 durch die mit Wissen und Willen des Klägers von ihrem Specialcurator dem Advocaten Y. aus Rostock ihr gemachte und zwar unwahre Mittheilung, daß ihr Vater den Abschluß jenes Vertrages als Bedingung seiner Verzeihung verlange, und im Falle des Ungehorsams seine Hand von ihr abziehen werde, vermocht sei;

wogegen dem Kläger der Replikenbeweis dahin:

daß die Beklagte nach erhaltener Kunde von der Stimmung ihres Vaters den gedachten Vertrag als rechtsverbindlich anerkannt habe,

und beiden Theilen die directen Gegenbeweise, dem Kläger insbesondere aber, nach Führung gedachter Beweise und Gegenbeweise, seine etwaigen Einwendungen wider die Höhe der auszuantwortenden Beträge gedachter Vermögenstheile vorbehalten bleiben. — — — — — — — —

Entscheidungsgründe.

Für die Beurtheilung der Sache, und zunächst des aus dem Mangel der Activlegitimation entnommenen Einwandes, welcher im vorigen Urtheil zur Abweisung der Klage geführt hat, sind Inhalt und Zweck des unterm 22./26. Juli 1851 unter den Parteien abgeschlossenen Vertrages, insbesondere seines § 9 entscheidend. M. hat durch den Fehltritt seiner Frau mit N. N. an sich ein Recht auf deren Bestrafung, gerichtliche Scheidung mit dem Verbot der Wiederverheirathung und den Verlust ihres Eingebrachten erworben, seine Frau die entsprechenden Nachtheile und Verlüste zu besorgen. Andererseits dagegen erhielt sie nach der Scheidung die alleinige Verfügung des vom Vater und dessen Bruder etwa auf sie vererbten Vermögens unter Lebenden und, die gesetzlichen Beschränkungen abgerechnet, von Todeswegen; es war mithin die Zukunft der beiden in der Ehe erzeugten Kinder in Betreff des mütterlichen Vermögens nicht unbedeutend bedroht. Beide Theile hatten also ein Interesse, die betreffenden Nachtheile zu beseitigen. Dem Ehemann mußte namentlich daran gelegen sein, die Scheidung mit ihren gesetzlichen Folgen ohne Weiteres herbeizuführen, und das der Frau dereinst anfallende Vermögen seinen Kindern zu sichern; der Frau, die Bestrafung und den Verlust des Eingebrachten abzuwenden, um einer zeitweiligen Mittellosigkeit zu entgehen. Diese Absichten haben ihren Ausdruck in dem gedachten Vergleiche gefunden. Abgesehen von zur Zeit unerheblichen Verfügungen über die Erziehung der Kinder, verspricht der Mann,

die Scheidung mittelst landesherrlichen Rescripts, jedoch mit dem Verbot der Wiederverheirathung insonderheit mit N. N. zu erwirken, und die Frau ist damit einverstanden (§§ 1 und 7). Die Frau bleibt unbestraft (§ 8) und erhält ihr Eingebrachtes (§§ 3, 4 und 8), sie verzichtet dagegen in Ansehung des vom Vater oder dessen Bruder ihr etwa anfallenden Vermögens zu Gunsten ihrer beiden mit M. erzeugten Kinder auf jede Verfügung unter Lebenden und von Todeswegen, wodurch deren gesetzliches Erbrecht geschmälert werden könnte (§ 6), worunter nach allgemeinem, insbesondere unter Juristen üblichem Sprachgebrauch die Intestat- und nicht die Pflichttheils-Portion zu verstehen ist. Es kam daher nur noch darauf an, für diese gegenseitige Ausgleichung die geeignete Garantie für den Fall zu fixiren, daß die Frau den übernommenen Verpflichtungen nicht nachkommen sollte, während andererseits es gegen den Mann keines besonderen Schutzes bedurfte, da die Frau durch die Einreden aus dem Vertrage gesichert war. Diese Garantieen nun hat der § 9 im Allgemeinen dahin festgesetzt, daß sie in dem Wiederaufleben der Rechte des Mannes gegen die Frau aus deren Fehltritt und in der Stellung ihres Vermögens unter eine Administration bestehen sollen, deren Anordnung so wie die Entscheidung aller unter den Parteien eintretenden Differenzen nach einer in Mecklenburg vorkommenden Ueblichkeit einem bestimmten Gerichte, hier dem Obergerichte in Rostock übertragen ward. — Hat nun der Mann, nachdem die Ehe am 2. August 1852, wie vereinbart, landesherrlich geschieden war, die Frau aber dessen ungeachtet sich am 19. November 1860 auf Grund eines dänischen Königsbriefs mit dem derzeitigen hamburgischen Bürger N. N. wieder verehelicht hatte, zunächst auf die Unterwerfung der Frau unter die verwillkührte Administration geklagt, so kommt vor Allem die Rechtsbeständigkeit der betreffenden Stipulation in Frage. Eine Vereinbarung, sich für einen gewissen Fall unter Curatel zu stellen, ist der Regel nach ungültig, weil darin eine unerlaubte Entäußerung des Rechts der Persönlichkeit enthalten

sein würde. Wenn also der Sinn des Vertrages, wie von dem Obergerichte zu Rostock in Sachen Parbs wider M. unterm 23. Febr. 1863 rat. 6 der Entscheidungsgründe angenommen zu sein scheint, hierauf gerichtet gewesen wäre, so würde es zwar einerseits keinem Zweifel unterliegen können, daß alsdann nur die angeordnete Curatel zur Einziehung des ihr untergebenen Vermögens das allein berechtigte Subject sein würde, andererseits aber müßte jedem Anspruche auf Bestellung einer solchen Curatel durch den Richter von Amtswegen der Rechtsschutz versagt werden. Die Abweisung wegen Mangels einer Activlegitimation hätte mithin die Bedeutung einer definitiven, da ein Urtheil auf Bestellung einer derartigen Curatel in Rostock rechtswidrig sein würde. Nun bietet aber der § 9 für eine derartige Absicht der Parteien keine ausreichenden Anhaltspunkte. Denn die einzigen in dem Vertrage vorkommenden Worte, welche sich auf eine Curatel beziehen lassen, „das Recht, eine Administration ihres Vermögens zu beantragen," sind in Beihalt der obgedachten vorhergehenden Bestimmungen des Vertrages natürlicherweise nur von denjenigen Vermögenstheilen zu verstehen, deren in jenen gedacht ward, mithin von dem Eingebrachten und den Erbschaften des Vaters und Vaterbruders. Und zwar um so mehr, als bei Verträgen, zumal wenn sie von einem Rechtsgelehrten abgefaßt sind, den einzelnen Stipulationen die Bedeutung als Parteiwille zum Grunde zu legen ist, nach welcher sie rechtlichen Bestand haben. Nun ist es aber bekanntlich gestattet, der Rechte Dritter unbeschadet, sein ganzes Vermögen oder eine Quote desselben zu verschenken, und nicht minder ist das Minus erlaubt, sich unter gewissen Voraussetzungen Beschränkungen in Ansehung der Dispositionsbefugniß über das Vermögen zu unterwerfen. In allen diesen Fällen ist es Selbstverstand, daß durch den Vertrag lediglich Rechte unter den Contrahenten entstehen, und der Rechtsbestand von Verfügungen Eines derselben mit dritten nicht ohne Weiteres beseitigt, sondern dessen Collision mit den bereits eingeräumten Rechten nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu

entscheiden ist. Eine derartige Bestimmung ward vorliegend getroffen: keine Curatel, sondern eine Sequestration des Vermögens ist beabsichtigt. Die Realisirung derselben wider die unwillfährige Beklagte steht aber nach den deutlichen Worten des Vertrages „dem Kaufmann M. und eventuell seinen Erben" zu, und es läßt sich mithin überall nicht absehen, mit welchem Rechte die Administration selbst, um deren Anordnung es sich erst handelt, als Rechtssubject für die Einziehung der betreffenden Vermögenstheile angesehen werden könnte.

War sonach auf Grund der ersten Beschwerde des Klägers in gegenwärtiger Instanz das vorige Urtheil aufzuheben, so leben die übrigen beiderseitigen Beschwerden voriger Instanz wieder auf, und waren, da das factische Material des Rechtsstreites vollständig in den Acten erörtert ist, es auch an sonstigen Gründen fehlt, welche eine sofortige Entscheidung der Sache bei dem O.-A.-Gerichte bedenklich machen könnten, des Widerspruchs der Beklagten ungeachtet, einer Prüfung und Aburtheilung zu unterziehen.

Unter diesen Beschwerden hängt die zweite von dem Kläger in voriger Instanz aufgestellte Beschwerde, betreffend die Beweisauflage über den Beitritt der Kinder des Klägers zum gegenwärtigen Rechtsstreit mit den bisherigen Erörterungen über den Inhalt des § 9 eng zusammen. Es fragt sich daher nunmehr weiter, ob M. allein, oder ob er im eigenen und im Namen seiner Kinder, oder endlich, ob er nur im Namen der Letzteren zu klagen berechtigt ist, und welches der Umfang der Rechtsbefugnisse der anzuordnenden Administration sei. Zu dem Ende bedarf es einer Erklärung des Inhalts des § 9. Es läßt sich denken, daß für den Fall, daß die Frau, wie geschehen, die übernommene Verpflichtung brechen sollte, eine gänzliche Aufhebung der §§ 1 bis 8 getroffenen Vereinbarungen beabsichtigt wäre, dergestalt, daß der zweite Satz, betreffend die Anordnung der Administration, die alleinige Garantie für den Vertragsbruch enthielte, und zwar dahin, daß die Dispositionsbefugniß der Frau unter Lebenden beschränkt würde, um dem Ehemanne die Geltend-

machung seiner wiederauflebenden Ansprüche und den Kindern ihre etwaigen Pflichttheilsrechte zu sichern. Oder aber: dem Ehemanne habe für den Fall des Vertragsbruchs das Wahlrecht gegeben werden sollen, entweder den Vertrag aufzuheben und auf seine früheren Rechte zurückzukommen, oder es bei solchem zu belassen, also auf den Verfall des Eingebrachten zu verzichten und für die den Kindern durch Erbvertrag zugesicherten Vermögenstheile die Administration zu beantragen. Oder ferner: es sei nur beabsichtigt, die Rechte des Ehemannes aus dem Vertrage zu beseitigen und dessen Rechte vor dessen Abschluß wiederherzustellen, die von ihm seinen Kindern in Ansehung der Erhaltung des gesetzlichen Erbrechts erworbenen Rechte aber bestehen und für Letztere die Anordnung einer Administration eintreten zu lassen. Oder endlich: der Vertrag habe, soweit er der Beklagten zum Vortheil gereicht, aufgehoben, soweit zum Nachtheil, bei Kräften bleiben und der Vater zur Sicherung beider Bestandtheile das Recht erhalten sollen, die Administration des in dem Vertrage erwähnten Vermögens zu beantragen.

Unter diesen verschiedenen Auffassungen mußte der letzten der Vorzug gegeben werden. Für dieselbe spricht die Wortfassung des § 9 überhaupt. Zuvörderst ist in dessen Eingang ein Zuwiderhandeln gegen die Bestimmungen des § 6 und des § 7 einander gleichgestellt, was im Allgemeinen darauf hindeutet, daß § 9 nur einen Zusatz zu dem Vorhergehenden enthalten, Nichts über dessen Aufhebung verfügen sollte. Sodann wird im Anfang des zweiten Satzes von § 9 nicht, je nach Verschiedenheit der möglichen Fälle, dem Vater oder dessen Kindern, sondern ganz allgemein nur dem M. und eventuell seinen Erben das Recht gegeben, eine Administration zu beantragen, was beweist, daß die Kinder nie als solche berechtigt sein, sondern nur wenn und soweit sie Erben des Vaters würden, nach dessen Abgang in dessen Rechte eintreten sollten. Auch ist in der Verbindung des zweiten Satzes mit dem ersten durch das Wort „Weiter" anerkannt, daß die Administration neben den im ersten Satz

gegebenen Befugnissen eintreten soll, mithin nicht bestimmt ist, die einzige Garantie für den Fall der Aufhebung des Vertrages zu bilden. Endlich braucht der Ausdruck „diesen Vergleich für ungültig zu erklären" in Verbindung mit den unmittelbar darauf folgenden Worten „wornach ꝛc." durchaus nicht auf denselben, weder in seiner Totalität, noch in soweit er die Rechte des Ehemannes und nicht etwa die seiner Kinder betraf, bezogen zu werden. Dessen Stipulationen stehen keineswegs in einem solchen Zusammenhange, daß mit dem Wegfall der einen die übrigen nothwendig beseitigt werden müßten. Das Natürlichste ist vielmehr, im Fall eines Vertragsbruchs gerade diejenigen Rechte wieder aufleben zu lassen, welchen entsagt ward, die sonstigen Verfügungen des Vertrags aber bei Kräften zu erhalten. Hat also die Ehefrau einen derjenigen Punkte verletzt, deren Aufrechthaltung dem Obigen zufolge für den Kläger von wesentlichem Interesse war, so werden dadurch nicht etwa auch alle sonstigen von der Ehefrau übernommenen Verpflichtungen beseitigt, sondern es leben nur die von M. aufgegebenen Rechte, soweit möglich, wieder auf. Zu diesen gehört das Recht auf das Verfallensein des Eingebrachten, und daraus ergiebt sich, daß zu demjenigen Vermögen, dessen Stellung unter Administration der Kläger zu fordern berechtigt ist, nicht bloß die den Kindern zu erhaltenden Erbschaften ihres Großvaters und seines Bruders, sondern auch das Eingebrachte selbst gehört. Zwar kann M. möglicherweise dieses Eingebrachte der Administration sofort wieder entziehen. Das hindert aber nicht, ihn dabei interessirt erscheinen zu lassen, daß zunächst dieses Eingebrachte den Händen seiner Ehefrau entzogen werde. Auch läßt sich nicht etwa sagen, an der Stellung der beiden anderen Vermögenstheile unter Administration seien nunmehr die, Einwendens ungeachtet, der väterlichen Gewalt des Klägers nicht mehr unterworfenen

Rostocker Stadtrecht von 1756 Th. 1. Tit. 7. Art. 2.
Verordnung vom 2. Sept. 1822 § 10 (Blanck Sammlung Rostocker Verordn. p. 278),

Kinder desselben ausschließlich interessirt, und der Vater könne mithin nur auf Grund einer Bevollmächtigung derselben zur vollen Rechtsverfolgung gelassen werden. Denn ein Interesse, daß ihnen das Ihrige erhalten bleibe, wird doch Niemand dem Vater absprechen, und dies reicht hin, um die deutliche Vertragsbestimmung zu rechtfertigen, welche dem Vater allein und nur eventuell seinen Erben, bei seinen Lebzeiten aber Niemandem außer ihm die Befugniß einräumt, die Administration zu beantragen.

Anlangend aber deren Befugnisse, so muß hier zunächst dem Irrthum des Klägers entgegengetreten werden, daß die Beklagte zur Herausgabe ihres Vermögens nach den für einen Besitzer in bösem Glauben geltenden Grundsätzen der Erbschaftsklage verpflichtet sei. Diese Auffassung hat bereits durch die obige Ausführung ihre Erledigung gefunden, nach welcher von der Anordnung einer Curatel über das Vermögen der Ehefrau überall nicht die Rede ist. Ihre Bedeutung ist vielmehr nur die einer Sequestration der betreffenden Vermögenstheile und zwar des Eingebrachten bis zur definitiven Regelung der wiederauflebenden Rechte von M., der Erbschaftsantheile bis zum Tode der Beklagten, welcher selbstverständlich die Zinserträge dieser Antheile, nach Abzug der Administrationskosten, alljährlich auszuantworten sind, indem hierauf nach klarer Fassung des § 6 die den Kindern eingeräumte Befugniß, die betreffenden Antheile beim Erbgang zu erhalten, sich nicht erstreckt. Nur darüber könnte noch gezweifelt werden, ob die Anordnung der Administration lediglich als Schutzmittel für den gedachten conservativen Erbvertrag aufzufassen sei, so daß mithin der Ehefrau Verfügungen unter Lebenden über gedachte Antheile insoweit gestattet wären, als solches nach Abschluß eines Erbvertrages überhaupt zuläßig ist, oder ob durch die Anordnung einer Administration ein Mehreres hat verfügt werden sollen, nämlich der Ausschluß jeder freien Verfügung unter Lebenden über die gedachte Substanz ohne Genehmigung der Administration. In dieser Beziehung mußte sich das O.-A.-Gericht für die

zweite Alternative theils um deswillen entscheiden, weil sich die Beklagte bereits im § 6 auch aller Verfügungen unter Lebenden begeben hat, durch welche das gesetzliche Erbrecht ihrer mit M. erzeugten Kinder benachtheiligt werden könnte, theils deshalb, weil in einem Falle der vorliegenden Art in der Anordnung einer Administration ein Mißtrauen in die Absichten des Verpflichteten enthalten ist, und ihr Zweck vornehmlich dahin gerichtet erscheint, außer den durch den Erbvertrag ausgeschlossenen Verfügungen von Todes wegen auch die unter Lebenden ohne Einwilligung der Administration gänzlich zu beseitigen.

Konnte hiernach an der alleinigen Berechtigung des M. zur Geltendmachung der erhobenen Ansprüche nicht gezweifelt werden, so waren nicht minder die übrigen verzögerlichen, beziehungsweise proceßhindernden Einreden und desfalls erhobenen Beschwerden zu verwerfen. Anlangend zunächst

die Einrede des fehlenden Kostenvorstandes, so ließ sich dieselbe durch Rechtskraft nicht für festgestellt erachten, indem die hierauf gegründete Verfügung des Niedergerichts durch die allgemeine Fassung der ersten klägerischen Beschwerde in voriger und jetziger Instanz, ungeachtet des sonstigen Schweigens in dem Appellationslibell des Klägers in voriger Instanz, von der Rechtskraft entbunden ward. Von Anträgen allhier oder in erster Instanz, um auf Grund derselben die Instanzentbindung auszusprechen, kann daher nicht die Rede sein. Vielmehr war nach Aufhebung des vorigen Urtheils über die Anfechtung der Auflage allhier zu entscheiden, die Anfechtung zu verwerfen, und das Decisum 1 des Niedergerichts herzustellen. Denn weder konnte mit dem Kläger angenommen werden, es sei kein Grund für die betreffende Auflage vorhanden, da feststehe, daß die Beklagte Vermögen des Klägers in Händen habe: denn dieser Punkt steht, wie aus der Entscheidung über die erste zerstörliche Einrede hervorgeht, noch keineswegs fest. Noch auch konnte andererseits auf Grund der beigebrachten Bescheinigungen über die Vermögenslage des Klägers angenommen werden, derselbe

sei unfähig, der betreffenden Auflage zu entsprechen. Denn das Beigebrachte liefert in Beihalt der

Mecklenb. Verordn. vom 17. Decbr. 1834 (O. W. 1835 St. 1.)

noch keineswegs den Beweis, daß der Kläger als Cridar anzusehen sei, und jede Verfügung über sein Vermögen zu Gunsten seiner Gläubiger verloren habe. Aus diesem Grunde konnte sich ferner das O.-A.-Gericht nicht veranlaßt finden, derzeit mittelst einer Officialverfügung den Gläubigern die Wahrnehmung ihrer etwaigen Rechte in dem gegenwärtigen Rechtsstreit anheimzustellen.

Auch die sonstigen proceßhindernden Einreden sind zwar durch gleichförmige Entscheidungen nicht beseitigt, jedoch materiell insgesammt unbegründet.

Der Einwand der Rechtshängigkeit Mangels Zahlung der in dem früheren Rechtsstreit erwachsenen Kosten, welcher den Inhalt der ersten Beschwerde der Beklagten in voriger Instanz bildet, erledigt sich durch die Bemerkung, daß bei fehlender Klagbehändigung in einem Rechtsstreit eine Rechtshängigkeit nicht entstanden, und überdies nach der Rechtsprechung des O.-A.-Gerichts die Nichtberichtigung der Kosten eines früheren Rechtsstreits keinen Rechtsgrund enthält, um in einem späteren die Einlassung zu verweigern.

Auch die zweite Beschwerde der Beklagten in voriger Instanz ist unbegründet, welche den Einwand fehlender Passivlegitimation aufrecht erhalten soll. Contrahentin des Klägers war bei Abschluß des in Rede stehenden Vertrages dessen Ehefrau, die jetzige Beklagte. Gegen diese also ist die zeitige Rechtsverfolgung gerichtet, in welcher es sich lediglich um den Inhalt der von ihr übernommenen Verpflichtungen handelt. Bedarf dieselbe auf Grund ihrer gegenwärtigen persönlichen Rechtsverhältnisse bei der Rechtsverfolgung der Zuziehung des Ehemannes oder eines Geschlechtsvormundes, so muß dieser hinzugezogen werden. Im vorliegenden Falle also bedarf es bis dahin, daß der Kläger seine Absicht, die Ehe der Beklagten mit N. N. vernichten zu lassen, rechtskräftig realisirt haben sollte, der Zuziehung des

Ehemannes N. N. Diese hat in gedachter Weise stattgefunden; der Umstand, daß der Ehemann in der Rubrik der vorigen Urtheile nicht erwähnt ist, erscheint nach Maaßgabe der obwaltenden Verhältnisse sachgemäß und rechtlich bedeutungslos. Von einem Uebergange der von der Beklagten vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeiten auf deren zeitigen Ehemann durch die Thatsache der neuen Verheirathung kann überall nicht die Rede sein, und etwaige Rechte des Ehemannes an den obgedachten Vermögenstheilen gehören nicht in den vorliegenden Rechtsstreit.

Ebenso wenig hat die Einrede des inepten Libells Rechtsbestand, welche darauf gegründet wird, es stehe noch nicht einmal fest, das Obergericht in Rostock werde eine Administration des Vermögens anordnen, wenn auf deren Bestellung rechtskräftig erkannt werden sollte. Dieser Einwand hat das Niedergericht veranlaßt, in dem Decisum unter 3 dem Kläger die Beibringung der desfallsigen Bescheinigung unter Strafandrohung aufzulegen, und dagegen ist die vierte, beziehungsweise dritte Beschwerde der Parteien in voriger Instanz gerichtet, indem der Kläger diese Auflage als unnöthig, die Beklagte dagegen sie als unstattnehmig erachtet und den Antrag der Einrede, ihre Entbindung von der Instanz aufrecht erhält. Mit Unrecht, da nach Inhalt des in Mecklenburg geltenden Rechtes die in dem gemeinen Recht vorhandene Befugniß des Richters, in einem Falle der vorliegenden Art sich der Prorogation auf seine amtliche Thätigkeit zu entziehen, nicht existirt:

vgl. die Nachweisungen bei Trotsche, Mecklb. Schwerin. Civ.-Pr. A. 2. § 46 S. 180 fgg.

womit denn auch die in jetziger Instanz beigebrachte Bescheinigung des Obergerichts zu Rostock in Einklang steht, und wodurch sich dieser Punkt in Uebereinstimmung mit der klägerischen Beschwerde erledigt.

Ihren letzten proceßhindernden Einwand hat die Beklagte als den der unbegründeten Klage bezeichnet und darauf gestützt, daß die Klagbitte, welche auf Bestellung einer Admi-

nistration abseiten des Niedergerichts zu Hamburg gerichtet ist, mit der Bestimmung des § 9 des der Klage zum Grunde liegenden Vertrages in Widerspruch stehe, indem hiernach nur das Obergericht zu Rostock die desfalls zuständige Behörde sei; und, nachdem der Kläger in seiner Replik die Klagbitte dahin verbessert hatte, daß er die Beantwortung der Frage, wo die Administration zu bestellen sei, dem Ermessen des erkennenden Gerichtes anheimstellte, auch diese Verbesserung vom Niedergerichte für zulässig erklärt war, ihre fünfte Beschwerde wider die Zulassung dieser Emendation gerichtet. Nun konnte zwar nicht mit dem Kläger angenommen werden, der Inhalt des § 9 sei in der Hauptsache auf die Anordnung einer Administration gerichtet, die Prorogation auf das Obergericht zu Rostock schließe die Anordnung von Seiten des Gerichts, wo die Beklagte derzeit ihren Wohnsitz habe, nicht aus, und die Klagbitte sei mithin gerechtfertigt. Denn die Administration beruht ausschließlich auf der unter den Parteien in § 9 getroffenen Vereinbarung, verb. „eine Administration ihres Vermögens bei dem Obergerichte zu Rostock, welches vertragsmäßig als competentes Forum... angesehen werden soll," und die Wahl des Obergerichts zu Rostock bildet mithin

arg. l. 75. D. pro socio. 16, 3.
l. ult. C. de contr. emt. 4, 38.
l. 25. pr. D. locati. 19, 2.

einen integrirenden Theil derselben dergestalt, daß von einer electiven Concurrenz des Gerichtsstandes am Wohnort nicht die Rede sein kann. Andererseits aber konnte die in Rede stehende Verbesserung nicht für unzulässig erachtet werden, indem dieselbe nach Maaßgabe der Klagschrift und ihrer Anlage sich nur als zulässige Beseitigung einer Zuvielforderung herausstellt, welche der Richter schon von Amtswegen vorzunehmen befugt gewesen sein würde.

Aus allem Diesen ergiebt sich, daß die Beklagte, welche des wesentlichen Inhalts der Klagschrift geständig ist, nachdem von Seiten des Klägers die auferlegte Caution für die

Proceßkosten geleistet sein wird, für verbunden erachtet werden muß, denjenigen Betrag ihres Eingebrachten und der Erbtheile ihres Vaters und Vaterbruders an eine von dem Obergerichte zu Rostock anzuordnende, mit den oben entwickelten Befugnissen ausgestattete Administration herauszugeben, welchen die gedachten Vermögenstheile am 19. Novbr. 1860, dem Tage, wo sie die Handlung vornahm, aus welcher ihre Verpflichtung entspringt, gehabt haben. Es würde sich daher nur noch um die Liquidation handeln, indem die Parteien über die Höhe der Beträge von einander abweichen, wenn es nicht angemessener erscheinen müßte, das desfallsige Verfahren bis dahin auszusetzen, daß über die zerstörlichen Einreden rechtskräftig erkannt sein wird, indem zwei derselben zu verwerfen, in Betreff einer aber auf Beweise zu erkennen war.

Die Beklagte macht zunächst geltend, ihre Zustimmung bei Abschluß des in Rede stehenden Vertrages sei von dem Kläger und seinen Helfershelfern arglistig erschlichen. Es sei ihr nemlich von dem Advocat Y. zu Rostock, welcher ihr von dem Kläger als Specialcurator aufgedrängt sei, eingeredet worden, ihr, der Beklagten, Vater verlange den Abschluß des ihr vorgelegten Vergleiches. Folge sie seinem Willen, so werde er in kurzer Zeit die Sache redressiren, und ihr Verzeihung angedeihen lassen, im entgegengesetzten Fall aber die Hand gänzlich von ihr abziehen. Es habe sich aber bei des Vaters Tode gezeigt, daß dieser von jenem Vertrage nichts gewußt, und den Beschluß seiner Tochter sogar beklagt habe.

Hiegegen wird nun zwar von dem Kläger zunächst eingewandt, die Einrede sei nicht substantiirt, da nicht angegeben sei, Y. habe im Auftrag des Klägers der Beklagten die obigen Mittheilungen gemacht. Dieser Einwand widerspricht jedoch dem Acteninhalt. Wenn die Beklagte sagt, sie sei von dem Kläger und seinen Helfershelfern hintergangen, und unmittelbar darauf erwähnt, Y. sei ihr von dem Kläger als Specialcurator aufgedrängt, so kann dies nur so viel heißen, Y. habe mit Wissen und Willen des Klägers gehandelt, wie er gethan.

Nicht minder verwerflich ist der Einwand, der behauptete Einfluß sei als metus reverentialis nicht in Betracht zu ziehen. Von einem solchen ist in den Rechten nur da die Rede, wo es sich um Geschäfte handelt, welche direct unter dem Einfluß von Personen zu Stande kommen, denen Ehrerbietung gebührt.

Auch verdienen die Einwendungen aus der Nothwendigkeit einer Restitution und dem Ablauf der Verjährungsfrist von vier Jahren keine Beachtung, da der dolus der Regel nach aus der Reihe der Restitutionsgründe ausgeschieden ist, und seine Geltendmachung als Einrede an keine Frist gebunden ist.

Es kommt hienach allerdings darauf an, ob der angegebene von dem Kläger theils mit Nichtwissen beantwortete theils abgeleugnete Thatbestand als Einrede des Betruges zur Vernichtung des Vertrages von Bedeutung sei. Auch dies wird von dem Kläger aus dem Grunde in Abrede gestellt, weil der Betrug nur einen unerheblichen Nebenpunkt, nemlich das Einverständniß eines unbetheiligten Dritten, des Vaters, betroffen habe. Allein dieser Auffassung konnte nicht beigetreten werden. Der Vater ist bei der Ehescheidung seiner Tochter nichts weniger als ein unbetheiligter Dritter. Mag auch die Tochter in Folge ihres Verhältnisses zu N. N. mit dem Vater außer Beziehung getreten sein; wie dieser über den Abschluß jenes Vertrages dachte, insonderheit, welche Verfügungen er in Folge dessen zu treffen beabsichtigte, ob er der Tochter verzeihen wollte, ob er die Angelegenheit später zu allseitiger Zufriedenheit zu ordnen gedachte, war für die Tochter ein gewichtiger Bestimmungsgrund bei Eingehung des Vertrages. Sollte sie also hierüber getäuscht sein, so ist sie allerdings berechtigt, den Vertrag um deswillen anzufechten, und mußte ihr demnach in Anschluß an ihre Darstellung des Sachverhalts der desfallsige aus dem Urtheil ersichtliche Beweis nachgelassen werden. Bei dessen Fassung war der Umstand maßgebend, daß zwar an sich alle Momente, aus denen der behauptete dolus hervorgeht, in den Beweissatz gehören. Bei Führung des Beweises ist es jedoch Selbstverstand,

daß sich derselbe zunächst auf die der Beklagten mit Wissen und Willen des Klägers gemachte Mittheilung und auf deren Unwahrheit zu richten hat, die innere Thatsache dagegen, in wiefern die Beklagte durch diese Mittheilung zu ihrem Entschlusse gelangt sei, nur durch Anzeigen dargethan werden kann, welche aus der Art der Mittheilung zu entnehmen sind und vornehmlich der richterlichen Beurtheilung anheimfallen.

Es fragt sich daher nur noch schließlich, ob gegen diesen Beweis dem Kläger ein Replikenbeweis offen zu lassen sei. Dieser hat behauptet, die Beklagte habe nach erhaltener Kunde von der Stimmung ihres am 10. März 1854 verstorbenen Vaters den Vertrag von 1851 als rechtsverbindlich anerkannt und auf jede Einrede wider dessen Rechtsbestand ausdrücklich und stillschweigend verzichtet. Obgleich nun die Handlungen, aus welchen ein stillschweigender Verzicht abgeleitet werden soll, nicht angegeben sind, es auch ferner an einer Bezeichnung des Zeitpunktes und der Modalitäten fehlt, unter welchen der ausdrückliche Verzicht stattgefunden haben soll, die derzeitige Geltendmachung des § 4 des Vergleichs aber zu dem Ende nicht in Betracht kommen kann, so mußte doch die Behauptung einer rechtsverbindlichen Anerkennung des Vertrages nach erhaltener Kunde von der Sinnesmeinung ihres Vaters für eine Beweisnachlassung als ausreichend angesehen werden, und war demnach der gedachte Replikenbeweis, wie aus dem Urtheil zu ersehen, dem Kläger nachzulassen.

Dagegen mußte die fernere Einwendung der Ungültigkeit des Vertrages auf Grund einer Stipulation über die Leistungsverbindlichkeit eines Nichtcontrahenten, hier des Obergerichts zu Rostock, verworfen werden. Ganz abgesehen nemlich davon, daß „derartige" Verträge in Mecklenburg als rechtsbeständig angesehen werden,

Buchka und Budde, Entscheidungen B. 2. Nro. 30.

so kann in einem Falle, wo, wie hier, dem Obigen zufolge, der Dritte seine Mitwirkung nicht versagen darf, von einer desfallsigen Ungültigkeit des Vertrages überall nicht die Rede sein.

Die dritte zerstörliche Einrede der Ungültigkeit des Vertrages wegen Unsittlichkeit wird auf Folgendes gestützt:

Zunächst darauf, daß nur durch eine Verheirathung mit N. N. das Vergehen der Beklagten wider den ersten Mann in den Augen der Welt habe entschuldigt werden können, und mithin ein Verzicht auf diese Rehabilitation unstattnehmig gewesen sei. Allein das römische Recht, und zwar schon zur Zeit der classischen Juristen, erklärt die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin für unstatthaft, insofern sich das Verbot der lex Julia et Papia, welches die Ehe einer unbescholtenen Freigeborenen mit dem im Ehebruch Ergriffenen untersagte, darauf anwenden ließ,

l. 13. D. 34, 9.

und Justinian hat eine derartige Ehe absolut verboten.

Nov. 134, 12.

Das kanonische Recht

c. 3. C. 33. qu. 1.
c. 6 7. X. de eo qui dux. 4, 7.
c. 1. X. de conv. inf. 3, 33

hat solches dahin gemildert, daß das Verbot nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn der Ungetreue seinem Gatten nach dem Leben stand, oder auf dessen Todesfall seinem Mitverbrecher die Ehe versprochen hat. Wie wenig aber diese auch von den Evangelischen befolgte Lehre den Bedürfnissen des Lebens entspricht, kann daraus entnommen werden, daß das

A. Pr. L. R. 2, 1. Abschn. 1. §§ 25—29. und
A. Oestr. bürgerl. G. B. Th. 1. H. 2 § 67.

zu dem unbedingten Verbote des römischen Rechtes zurückgekehrt sind, und darin von mehr als einer Seite unbedingten Beifall gefunden haben.

Vergl. Glück, Pandecten B. 24. S. 21.

Von einer Ungültigkeit des Verzichtes aus diesem Grunde kann also nicht die Rede sein.

Dieselbe soll sich aber auch daraus ergeben, daß der Beklagten hiedurch die Möglichkeit genommen sei, ihre Tochter Emma zu legitimiren, indem diese nach gemeinem wie nach Rostocker Recht, weil aus verdammter Vermischung

erzeugt, kein Erbrecht in den Nachlaß der eignen Mutter gehabt haben würde. Es konnte dahin gestellt bleiben, ob dieser erst in der Duplik hervorgehobene Gesichtspunkt verspätet sei. Unzutreffend ist er jedenfalls. Das gemeine Recht entzieht der Tochter Emma das gesetzliche Erbrecht in den Nachlaß ihrer leiblichen Mutter nicht, indem im Ehebruch erzeugte den aus blutschänderischer Ehe entsprossenen Kindern nicht gleichzustellen sind.

Göschen, Civ. R. B. 5. S. 312. 313.

Ob aber das für die Erbfolge in ihren Nachlaß normgebende Particularrecht des Wohnsitzes zur Zeit ihres Ablebens dem Erbrecht der Tochter, für den Fall, daß sie unehelich bliebe, entgegenstehen würde, was z. B. der Fall wäre, wenn ihr Erbrecht nach

Rostocker St. R. Thl. 2. Tit. 2. Art. 31.

beurtheilt werden müßte, und dessen Bestimmung bis dahin nicht aufgehoben sein sollte, ist unerheblich, indem selbst dann, wenn dies der Fall wäre, daraus eine den Vertrag beseitigende Unsittlichkeit sich nicht ableiten ließe.

Völlig unverständlich aber ist es endlich, wie in der Vernehmlassung der Abschluß des Vertrages dahin gedeutet werden mag, die Beklagte habe dadurch den größesten Theil ihres Vermögens den Kindern erster Ehe zuwenden, und ihrer Tochter Emma den *Pflichttheil verkürzen* sollen, was eine *rechtswidrige Handlung* sein würde. Der Tochter Emma wird durch den Vertrag ihr Intestaterbrecht überall nicht gekürzt, und nur den nahe liegenden Besorgnissen, daß den Kindern erster Ehe ihre Intestaterbrechte geschmälert werden könnten, in wirksamster Weise entgegengetreten.

Bremen. 3.

Johann Friedrich Arens, zu Bremen, Kläger, wider **B. Grovermann & Comp.** daselbst, Beklagte, Forderung aus einem Frachtcontracte betreffend.

Connossementsfracht. Der Grundsatz, daß dieselbe von dem Ladungsempfänger zu zahlen sei, kann dem Charterer gegenüber dann nicht zur Anwendung kommen, wenn Connossement und Charter nicht übereinstimmen.

Frachtcontract. Rechtsfall: Kläger verfrachtete den Beklagten das ihm gehörige Schiff Leontine, Capitain H. Renjes, für eine Reise von Amapala, „einem sichern, zugänglichen Hafen Central-Amerika's am stillen Ocean," woselbst eine Ladung Mahagoni- und Cedernholz eingenommen werden sollte, direct nach Bremen. Als das Schiff in Amapala ankam, entstanden über Auslegung und Ausführung der über diese Beladung abgeschlossenen Chartepartie Schwierigkeiten, weßhalb der Capitain der Leontine sich, nach seinerseits levirtem Protest, entschloß mit dem Vertreter der Beklagten, Morris, ein neues Uebereinkommen abzuschließen, in Folge dessen er gegen Bewilligung eines ihm sofort baar ausgezahlten Extraliegegelds und gegen Festsetzung einer Fracht in runder Summe mit einer andern Ladung, als solche in der Chartepartie verabredet worden, versegelte. Bei Ankunft des Schiffes in Bremen kam es, da die Beklagten nur einen Theil der vom Kläger geforderten Fracht bezahlten, zur Klage, indem der Rheder Arens principaliter die zwischen Morris und Capt. Renjes verabredete runde Frachtsumme, eventualiter aber nach einer deßfalls aufgestellten Berechnung diejenige Fracht verlangte, welche das Schiff, wenn chartermäßig beladen, verdient haben würde. Die Beklagten bestritten nicht nur diese klägerischen Ansprüche, sondern wollten auch ihrerseits reconveniendo die an Morris gezahlten Ueberliegegelder condiciren. Das Handelsgericht verwies diesen letzten Anspruch ad separatum, hielt die prinzipale Bitte des Klägers für

unbegründet, und erkannte in Betreff des zweiten Antrages des Letztern auf Beweis. Dies Erkenntniß, bei welchem sich der Kläger beruhigte, ward auf beklagtische Appellation in zweiter und dritter Instanz bestätigt. Die specielleren factischen Details ergeben sich aus den Entscheidungsgründen zu dem H.-G. Erkenntniß.

1) Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 4. Mai 1863:

daß der Gegenanspruch wegen Erstattung von Liegegeld zum besondern Verfahren zu verweisen, die übrigen Einreden zu verwerfen, die erhobene Klage auf Bezahlung des Rests der in [5] und in den Connossementen erwähnten runden Frachtsumme von 3,325 £. angebrachter Maaßen zu verwerfen, die weitere Klage zwar für begründet zu erachten sei, dem Kläger jedoch obliege, im Termin vom 18. Mai 1863 annoch zu beweisen:

daß die in der Charte-Partie [3] bedungene Fracht nach der Verkaufs-Maaße für das Schiff Leontine und für die hier fragliche Reise im Ganzen 3,581 £. 16 s. 3 d. Brit. Sterl., oder wie viel weniger? betragen haben würde, wenn die Leontine vollständig in Gemäßheit [3] mit Cedernholz und mit Mahagoniholz, und zwar mit mindestens soviel Mahagoniholz als zum Ballast des Schiffs erforderlich war, beladen worden wäre.

Entscheidungsgründe.

Nach der zwischen den Partheien geschlossenen Charte-Partie [3] haben Beklagte vom Kläger dessen Schiff Leontine, Capitain H. Renjes, für eine Reise von Amapala, „einem sichern zugänglichen Hafen Central-Amerika's am stillen Ocean," direct nach Bremen gechartert, und ist dabei weiter ausgemacht, daß die Befrachter das Schiff im Ladeplatze mit einer completen Ladung Cedern- und Mahagoni-Holz in Blöcken beladen zu lassen haben, jedenfalls aber soviel Mahagoni-Holz verladen werden müsse, als zum Ballast

des Schiffs erforderlich sei, und außerdem haben Beklagte garantirt, daß nur kantig geschnittenes Holz verladen werde, eventuell die Erstattung des aus der Nichterfüllung dieser Bestimmung dem Schiffe erwachsenden Schadens versprochen. Der Capitain hatte sich am Ladeplatze an den Correspondenten der Beklagten, Morris, zu adressiren.

Als Fracht wurde bedungen £ 3. 10 sh. für jede auszuliefernde Ton von 40 Cubikfuß englische, hier durch beeidigte Messer zu ermittelnde Verkaufs-Maaße.

Bei Ankunft des Schiffs in Amapala hat der Correspondent der Beklagten in Amapala, Morris, an welchen der Capitain adressirt war, sich veranlaßt gesehen mit Capt. Renjes die vorstehend gedachte Charter aufzuheben und mit ihm einen neuen Vertrag zu schließen, nach welchem Capt. Renjes gegen eine runde Connossements-Fracht von £ 3,325 sich zur Einnahme von jeder Art Güter verpflichtete, worauf Renjes auf Morris Anweisung nach einem benachbarten Hafen an der Fonseca-Bay versegelte und hier eine Ladung von Cedern,- Mahagoni- und Gelb-Holz sowie von Häuten einnahm, Connossemente zeichnete, worin als Fracht die runde Summe von 3,325 £ angegeben ist, seine Reise hierher antrat und die Ladung glücklich überbrachte.

In soweit sind die Partheien einverstanden.

Kläger verlangt nun aber zunächst die gedachte Connossements-Fracht von £ 3,325., und zwar aus einem doppelten Grunde, einmal weil derjenige, welcher auf ein Connossement hin Frachtgut empfange, die ins Connossement geschriebene Fracht zu bezahlen habe, und dann, weil Morris bei Aufhebung der Charter und Stipulirung der Connossements-Fracht eine nützliche Geschäftsführung für Beklagte vorgenommen habe, eventuell aber verlangt Kläger diejenige Fracht, welche er seiner Meinung nach erhalten haben würde, wenn die Charter [3] vollständig erfüllt wäre, wobei er eine Berechnung aufstellt, nach welcher ihm unter Abrechnung der vom Beklagten wirklich bezahlten 12,000 ℛ︀ noch 9,992 ℛ︀ 24 gr. zukommen sollen, während bei Zugrunde-

legung der Connossements-Fracht ihm noch 8,415 ℱ 36 gr. gebühren würden.

Was nun zunächst die Connossements-Fracht betrifft, so kann Kläger mit seinem desfallsigen Anspruche nicht durchdringen, denn der Grundsatz, daß der Ladungsempfänger die im Connossemente angegebene Fracht zu bezahlen habe, kann dem Charterer gegenüber nicht geltend gemacht werden, wenn Connossement und Charter nicht mit einander übereinstimmen; dem aus dem Connossemente klagenden Verfrachter steht die durch die Charter sofort liquide gemachte Einrede des Vertrags, ja die exceptio doli entgegen, denn der Capitain, welcher Connossemente zeichnete, welche dem Charterer nachtheiliger sind als die Charter, und der Verfrachter, welcher sie ohne besondere Rechtfertigungsgründe gegen Letztere geltend macht, handeln offenbar vertragswidrig und dolos.

Es bedarf also einer besonderen Rechtfertigung eines solchen Verfahrens, und diese erblickt Kläger darin, daß seiner Meinung nach Morris eine nützliche Geschäftsführung für Beklagte vornahm, als er mit Capt. Renjes die Charter [3] aufhob und einen neuen Vertrag schloß, worüber die Bescheinigung des Morris [5] beigebracht ist. Allein zu einer Aufhebung der Charter und anderweitiger Verpflichtung der Beklagten war Morris so wenig befugt wie Renjes, nur der äußerste Nothstand könnte dergleichen rechtfertigen, und ein solcher ist nicht genügend dargelegt, insbesondere haben Morris und Renjes nach [5] sich mehr durch angebliche Zweckmäßigkeitsgründe als durch einen wahren Nothstand bestimmen lassen, und am wenigsten läßt sich damit und durch die sonst von Kläger angeführten Umstände grade die runde Summe von 3,325 £., welche Morris bewilligte, rechtfertigen. Jedenfalls durfte Morris nicht mehr bewilligen, als Beklagte nach der Charter höchstens zu bezahlen gehabt hätten; wie viel das sei, erhellte noch nicht, und wird es erwiesen, so müssen Beklagte, wie gleich zu zeigen ist, diesen Betrag doch bezahlen, ohne daß es des Beweises der etwaigen weitern Requisite einer nützlichen Geschäftsführung bedarf. Zwar

beruft Kläger sich noch darauf, daß in Amapala kein Holz vorräthig gewesen sei, und der Capitain nicht nöthig gehabt habe, nach einem andern Ladeplatze zu versegeln, allein abgesehen davon, daß damit noch nicht der bestimmte Betrag der bewilligten £ 3,325 gerechtfertigt wird, ist der Capitain wirklich versegelt, die Aufhebung der Charter u. s. w. ist nicht zu Amapala, sondern nach der Versegelung zu Palos Secos erfolgt, wie [5] ergiebt, und dieses ist nach der von Kläger selbst beigebrachten Bescheinigung [5] nicht deshalb geschehen, weil die Beladung in Amapala überall nicht erfolgen konnte, sondern nur zur Vermeidung möglicher Differenzen, dieser Grund aber kann die Aufhebung des geschlossenen Vertrags und Ersetzung desselben durch einen ganz andern nicht rechtfertigen, und andere, zur Rechtfertigung eines so exorbitanten Verfahrens völlig ausreichende, sind von dem Kläger nicht vorgebracht worden, so daß es nur noch auf die eventuelle Klage ankommen kann, welche allerdings, abgesehen von der Größe des Anspruchs, rechtlich begründet und liquide ist. Aus dem eigenen Zugeständnissen der Beklagten ergiebt sich nämlich: daß die Leontine, selbst unter Hinzurechnung der mitverladenen Häute und des Gelbholzes keine complete Ladung hier angebracht, sondern daß noch leerer Raum im Schiffe geblieben ist, und außerdem hat sie zum Ballast keine genügende Menge Mahagoniholz erhalten, so daß noch Sand als Ballast an Bord geblieben ist. Sie sollte nur kantig geschnittenes Holz laden, Beklagte selbst aber behaupten nicht einmal, daß dem Capitain, sei es in Amapala oder in Palos Secos, eine genügende Menge solchen Holzes angeboten worden sei, und das Nämliche gilt von dem zum Ballast bestimmten Mahagoni-Holze. Außerdem geht auch aus den Briefen von Morris an seinen Bruder sowohl als an Beklagte [28] bis [34], insbesondere [28, 29, 30], klar hervor, daß Morris zur genauen Erfüllung der Charter außer Stande war, wohl darüber klagt, daß Renjes es mit Erfüllung der Charter genau nehme, aber selbst nichts weniger als zu den jetzigen Einwendungen der Beklagten Anlaß giebt.

Hiernach ist also die Klage an sich begründet, wenn auch noch nicht genau erwiesen.

Prüft man dagegen die Ausstellungen der Beklagten gegen die Klage selbst im Einzelnen, so ergiebt sich der Ungrund schon jetzt vollständig. Denn was den ersten und hauptsächlichsten, dem Capitain Renjes gemachten Vorwurf betrifft, so ist dieser augenscheinlich ganz unbegründet. In der Charter [3] hatten Beklagte ausdrücklich

> garantirt, daß nur kantig geschnittenes verladen werden wird,

alles andere als kantig geschnittenes, also auch kantig gehauenes — und anderes ist ihm nicht mehr angeboten, wie Beklagte nach S. 6 prot. zugegeben haben — durfte er zurückweisen, und dabei hatte er auch das größte Interesse, nur geschnittenes Holz zu erhalten, da die Fracht nach der Verkaufsmaaße zu bezahlen war, und diese bei geschnittenem Holze für den Rheder ein weit besseres Resultat liefert, als bei gehauenem, was Beklagte auch nicht bestreiten. Die Verkaufmaaße weicht bekanntlich häufig von der wirklichen Maaße bedeutend ab, indem bei dieser die Maaße für das Holz so berechnet wird, wie es eben da liegt, bei der Verkaufsmaaße aber für schlechte Stellen, Risse, Löcher u. s. w. ein entsprechender Theil auf das ganze Stück abgerechnet wird, weshalb die Verkaufsmaaße von der wirklichen Maaße sehr erheblich abweichen kann und auch im vorliegenden Falle abweicht, wie eine Vergleichung von [7, 8] mit [16] [47] ergiebt: die Charter [3] berechtigte den Capitain zur Zurückweisung von behauenem Holze, das Interesse seiner Rheder erheischte solche Zurückweisung und nöthigte ihn dazu, und endlich hatten ihn Beklagte noch in der ihm ertheilten Instruction [20] ausdrücklich ersucht,

> „unser (der Beklagten) Interesse bei der Beladung in Amapala bestens im Auge zu haben und namentlich unsern Freund aufmerksam zu machen, daß nur gesundes kantiges Holz bei der hohen Fracht Rechnung lassen kann,"

so daß es in der That schwer zu begreifen ist, wie Beklagte jetzt dem Capitain Renjes daraus einen Vorwurf machen können, daß er ungesundes Holz zurückwies und auf Lieferung von geschnittenem Holze bestand. — Bei dieser Instruction hatten Bekagte sicherlich die weitere Bestimmung der Charter [3] im Auge, daß sie bei Nichterfüllung der Garantie den Kläger zu entschädigen hatten, also Gefahr liefen, auch für schlechtes Holz als Entschädigung die Fracht nach der vollen Maaße bezahlen zu müssen, was Kläger jetzt auch in der That verlangt. Wäre Capit. Renjes zu nachsichtig gewesen, so wäre ihm daraus sicherlich ein Vorwurf gemacht; jetzt, da er sich streng an seine Charter und Instruction der Beklagten gehalten hat, wollen diese ihm mit dem entgegengesetzten Vorwurf belasten.

Wenn sie ihm ferner vorwerfen, er habe schweres Cedernholz als Ballast zurückgewiesen und statt dessen Sandballast an Bord behalten, so trifft dieses wieder nicht zu, denn nach der Charter [3] brauchte Renjes kein anderes als Mahagoniholz als Ballast zu nehmen, es war nicht seine Sache zu ermessen, und er war auch schwerlich dazu im Stande, ob das angeblich angebotene schwere Cedernholz eben so schwer und passend zu Ballast sei, wie Mahgoniholz zu sein pflegt; er hatte sich an seine Charter zu halten, und da Beklagte nach S. 25 prot. selbst zugeben, daß ihm nicht genügend Mahagoniholz angeboten sei, so behielt er mit Recht eine hinreichende Menge Sand an Bord. Die Folgen davon hatten Beklagte, welche den Frachtvertrag nicht erfüllten, zu tragen, und daher auch den etwaigen Uebelstand, wenn Renjes deshalb sein Schiff nicht näher ans Land bringen konnte. Der Vorwurf endlich, welchen Beklagte dem Renjes deshalb machen, weil er nach [5] sein Schiff auf 951 Tons angegeben habe, trifft bei der hier fraglichen Klage nicht zu, deren Princip einfach dies ist, daß Beklagte den Frachtvertrag nicht vollständig erfüllt haben, und daher den Kläger in eben die Lage versetzen müssen, in welcher er gewesen wäre, wenn die Erfüllung vollständig erfolgt wäre, d. h. sie müssen die Fracht bezahlen,

welche er erhalten haben würde, wenn die Beladung vollständig nach Maaßgabe der Charter [3] erfolgt wäre.

Kläger hat zwar nicht bestimmt angegeben, wie viel Cubikfuß nach der Verkaufs-Maaße die Leontine hätte laden können, allein er hat doch angegeben, wie viel ihm seiner Ansicht nach an Fracht gebühre, und dieses genügt, wenngleich es immerhin wahrscheinlich ist, daß zur Ermittelung des richtigen Frachtbetrags die vorgängige Ermittelung der Cubikfußzahl nach der Verkaufs-Maaße, auf welche Kläger rechnen konnte, wenn Beklagte ihren Verpflichtungen nachgekommen wären, erforderlich werden wird, und eben so ist es sehr wohl möglich, daß zu einem ganz genauen Resultate nicht zu gelangen oder das Resultat der vorliegenden Verschiffung mitzubenutzen und zu berücksichtigen ist. Allein für jetzt bedarf es noch keiner Entscheidung darüber, ob und auf welche Weise etwa noch bleibende Lücken zu ergänzen sind.

Außer ihren Ausstellungen gegen die Klage selbst haben Beklagte noch einen Gegenanspruch von 750 Doll. geltend gemacht, welche Capit. Renjes mit Unrecht von Morris erhoben oder, wie sie meinen, erpreßt hat, und die sie nun condiciren. Allein angenommen auch, Beklagte seien befugt, in dieser Hinsicht alle Rechte des Morris geltend zu machen, so würde dieser Einwand doch nicht begründet sein, denn in einem Irrthume befand Morris sich offenbar nicht, da ihm alle Verhältnisse genau bekannt waren, und von einem Zwange kann gleichfalls nicht die Rede sein, indem Morris, konnte er den Renjes zum Versegeln u. s. w. zwingen, und ihn doch nicht zwang, freiwillig zahlte, konnte er ihn aber nicht zwingen, zu zahlen rechtlich genöthigt war, also nicht condiciren kann.

Uebrigens lagen nach Morris eigenem, vom Beklagten selbst zu den Acten gebrachten Briefe [28] die aus der gewünschten Versegelung entstehenden Schwierigkeiten nicht an Capt. Renjes, sondern an der Charter [3] und daran, daß in derselben bei Amapala enunciativ hinzugefügt war „einem sichern zugänglichen Hafen an der Westküste Central-

Amerika's am stillen Meere," statt daß es nach Morris Meinung hätte heißen müssen, „Amapala oder einem (andern) sichern zugänglichen Hafen" u. s. w., und um nun den hieraus sich ergebenden Schwierigkeiten zu begegnen, entschloß Morris sich zu dem freiwilligen Opfer von 750 Doll., wenn von einem Opfer überhaupt die Rede sein kann, und von einem Zwange war bei ihm so wenig die Rede, daß er den Renjes in [28] sogar in Schutz nimmt und seinen Bruder ersucht sich Renjes anzunehmen, wenn ihm Vorwürfe gemacht werden sollten. Eben so wenig kann auf Grund der erfolgten Zurückweisung von Holz durch Renjes und dadurch entstandenen Zeitverlusts condicirt werden, denn einmal wies Renjes nur Holz zurück, welches der Charter und Instruction nicht entsprach, und dann trifft auch hier zu, was schon vorstehend über Irrthum oder Zwang gesagt ist, so daß es der Einrede an einem genügenden factischen und rechtlichen Grunde fehlt, und mindestens die Verweisung zum besondern Verfahren erfolgen muß.

Bei den mit der Ermittelung des richtigen Frachtbetrags voraussichtlich verknüpften Weiterungen empfahl sich ein Güteversuch und ist daher überall so wie geschehen erkannt worden.

---

2) Auf beklagtische Appellation ward das Erkenntniß des Handelsgerichts im Obergericht ohne weitere Motivirung, am 4. Januar 1864, und vom O.-A.-Gericht am 28. Januar 1865 unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten bestätigt, und zwar von Letzterem mit folgenden Entscheidungsgünden.

Entscheidungsgründe.

Das angefochtene Erkenntniß des Obergerichts mußte aus folgenden Gründen bestätigt werden.

I. Die erste der speciellen Beschwerden, in welche die Beklagten ihr allgemeines, gegen die Bestätigung des Handelsgerichts-Erkenntnisses gerichtetes Gravamen zerlegt haben, und welche dahin geht, daß die allein noch in Frage stehende eventuelle Frachtforderung für begründet erachtet und nicht

vielmehr ohne Weiteres abgewiesen sei, — Grav. 2 — ist völlig verwerflich.

A. Diese Frachtforderung ist darauf fundirt, daß erstlich das Schiff Leontine eine chartermäßige und complete Ladung nicht erhalten habe, und daß zweitens, wenn dies der Fall gewesen wäre, die in der Charter stipulirte Fracht die eingeklagte Summe von Ld'or-ℳ 21,992. 24 gr. betragen haben würde.

Den ersten Theil des Klaggrundes hat das Handelsgericht, abgesehen von den Einreden, für liquide angenommen und über den zweiten dem Kläger einen Beweis auferlegt, und zwar Jenes mit vollem Rechte. Nach der Charter [3] nämlich sollte das Schiff

a) eine complete Ladung von Cedern- und Mahagoniholz in Blöcken erhalten, und

b) soviel Mahagoniholz, als zum Ballast des Schiffes erforderlich, und es war

c) garantirt, daß das zu verladende Holz kantig geschnitten sein werde.

Nun steht aber, und zwar auch durch der Beklagten Eingeständniß, fest

ad a) daß das Schiff theilweise, statt mit Cedern- und Mahagoniholz, mit 900 Stück Häuten und einer Partei Gelbholz beladen und außerdem noch ein leerer Raum geblieben ist, in welchem 100 Last Güter hätten verstauet werden können;

Hand. Ger. Acten [9. 14.] Prot. S. 10.

ad b) daß das Schiff nur 32 Blöcke Mahagoniholz erhalten hat. Dies haben nämlich Beklagte in erster Instanz ausdrücklich eingeräumt, ohne zu behaupten, was auch bei einem so großen Schiffe von 431 Bremer Roggenlasten undenkbar, daß jene Quantität Holz zum Ballast genügt und der Schiffer also insofern unnöthiger Weise die ca. 49 Last Sandballast an Bord behalten habe. Endlich steht es

ad c) auch unbestritten fest, daß das verladene Holz ohne Ausnahme nicht in kantig geschnittenen, sondern nur behaue-

nen Blöcken bestanden hat. Die Frage ob, wie der Kläger meint, in Folge der Garantie, daß das Schiff nur kantig geschnittenes Holz erhalten solle, der Schiffer andere Blöcke unbedingt habe zurückweisen dürfen, würde, wenn es darauf ankäme, zu verneinen sein; allein sie ist, da er es nicht gethan hat, eine müssige. Es fragt sich vielmehr nur, ob der Kläger wegen Nichterfüllung dieser Garantie berechtigt ist, auf Grund des ihm für diesen Fall in der Charter versprochenen Schadensersatzes die Fracht so zu berechnen, als ob eine chartermäßige Ladung wirklich geliefert wäre. Und dies unterliegt keinem Zweifel, wie es denn auch in der That unerfindlich ist, worin der versprochene Schadensersatz anders bestehen soll. Denn wäre kantig geschnittenes Holz geliefert worden, so würde, da dieses keine Enden und schlechte Ecken hat, auch sich begreiflicher Weise besser stauen läßt, als nur roh behauenes, die Maaße des verladenen Holzes nahezu mit der Verkaufsmaaße, nach der die Fracht zu berechnen ist, übereingestimmt haben, und grade deshalb ist dem Kläger die Verladung von kantig geschnittenem garantirt worden. Er ist also befugt, so viel an Fracht zu berechnen, als er gemacht haben würde, wenn die Ladung der Garantie entsprochen hätte, und eben auf diesem Principe, welches die Beklagten auch in zweiter Instanz kaum mehr zu bestreiten wagen, beruht die vom Kläger aufgestellte Berechnung.

Hienach ist allerdings die Klage, soviel die Punkte sub a—c betrifft, nicht nur begründet, sondern auch liquide. Zwar wird dies, was den Punkt sub a) betrifft, von den Beklagten bestritten. Sie leugnen nicht, daß der Ablader Morris in Amapala dem Schiffer mehr Cedern- und Mahagoniholz als verladen worden, nicht habe liefern können oder wollen, wie das denn auch aus seinen eigenen Briefen, in Uebereinstimmung mit denen des Capitains, sich ergiebt.

Ebendas. [25. 3.]

Gleichwohl bestreiten sie, daß das Schiff keine complete Ladung erhalten habe, indem sie behaupten, daß die Ladefähigkeit des Schiffes eine weitere Beladung desselben mit Holz

nicht gestattet habe, und deshalb aus dem Umstande, daß noch leerer Raum im Schiffe geblieben sei, vom Handelsgerichte mit Unrecht jene Thatsache gefolgert werde. Allein es braucht auf die völlig unzureichenden, aus dem Tiefgange des Schiffes hergenommenen Beweisgründe für diese Behauptung nicht eingegangen zu werden, da keinenfalls dies dahin führen könnte, auch nur den betreffenden Theil der Frachtforderung, geschweige denn, wohin doch die jetzt fragliche Beschwerde geht, die ganze Klage ohne Weiteres abzuweisen, sondern höchstens nur noch erst auf Beweis und Gegenbeweis zu erkennen.

Es fragt sich daher nur noch

B. ob etwa die von den Beklagten vorgebrachten Einreden zu einer sofortigen Zurückweisung der ganzen Klage führen können. Allein auch dies ist nicht der Fall.

Dieser Einreden sind, soweit sie hier in Betracht kommen, zwei, welche beide auf einem angeblichen Verschulden des Capitains Renjes gegründet sind. Und zwar wird dieses Verschulden darin gesetzt,

1) daß derselbe in den ersten 14 Tagen, seit die Verladung begonnen, nur ganz fehlerfreies Holz habe annehmen wollen, wozu er nach der Charter nicht berechtigt gewesen;

2) daß er sich geweigert, der Aufforderung des Abladers Morris entsprechend, statt des in der Charter als Ballast stipulirten Mahagoniholzes, Cedernholz als Ballast einzunehmen und dagegen allen Sandballast auszuwerfen. Nun ist es aber zuvörderst sofort klar, daß diese Einreden nur die Nichterfüllung der Charter in den oben sub a) b) angegebenen Punkten treffen, nicht den sub c) daß sie also, selbst wenn begründet und liquide, nimmermehr zur beantragten sofortigen Verwerfung der ganzen Frachtforderung würden führen können. Allein auch soweit sie hienach überall in Betracht kommen, sind sie nicht zu beachten.

Zwar ist es unzulässig, die Beklagten auf Grund der Verordnung vom 9. Jan. 1832 § 9 mit denselben zurückzuweisen, da die Berufung des Klägers hierauf erst in dieser

Instanz erfolgt, mithin als eine verspätete Replik nicht beachtet werden kann, daher auf die materielle Würdigung derselben nicht weiter einzugehen ist.

Dagegen ist der völlige Ungrund beider dem Capitain gemachten Vorwürfe bereits vom Handelsgerichte in dessen Entscheidungsgründen so ausreichend nachgewiesen, daß es genügend erscheinen muß, darauf Bezug zu nehmen. Wären sie aber auch begründet, so würde es zur Verwerfung der jetzt fraglichen Beschwerde doch schon ausreichen, daß sie keinenfalls liquide sind, vielmehr das Thatsächliche derselben vom Kläger bestritten ist.

II. Die weitere Beschwerde der Beklagten geht dahin, daß nicht eventualiter die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen, insbesondere das Vorhandensein und der Umfang des Sandballasts und des im Schiffe verbliebenen leeren Raumes dem Kläger zum Beweise verstellt seien. (Grav. 3.)

Da die Beklagten die Angaben des Klägers über beide Thatsachen in erster Instanz ausdrücklich als richtig anerkannt haben,

Ebendas. Prot. S. 10.

so würde die Aufstellung dieser Beschwerde nicht wohl zu begreifen sein, hätten nicht die Beklagten die Meinung derselben in voriger Instanz durch das gestellte Verlangen erläutert, es müsse dem Kläger noch der Beweis auferlegt werden:

> daß und wie weit der leere Raum und der Sandballast in Folge der Nichterfüllung der Charter von Seiten der Beklagten resp. ihres Correspondenten Morris nothwendig habe beibehalten werden müssen.

Dieses Verlangen ist aber ein unbegründetes. Denn was

1) den Sandballast betrifft, so haben, wie bemerkt, die Beklagten nicht nur zugestanden, daß nur 32 Mahagoni-Blöcke haben geliefert werden können, sondern auch in erster Instanz nicht zu behaupten vermocht, daß mehr Sandballast, als nöthig, im Schiffe geblieben sei, indem sie vielmehr nur die nach dem Obigen nicht zu beachtende Behauptung aufstellen, daß der Capitain als Ballast Cedernholz hätte annehmen müssen.

Anlangend aber

2) den leeren Raum, so ist es zwar an sich völlig richtig, daß daraus, daß noch leerer Raum in einem Schiffe verblieben ist, nicht unbedingt gefolgert werden kann, das Schiff habe keine complete Ladung erhalten, da dies ja nach der specifischen Schwere der verladenen Waare von der Ladefähigkeit des Schiffes abhängt. Allein dies ist auch offenbar nicht die Meinung des Handelsgerichts. Vielmehr schließt der dem Kläger auferlegte Beweis, so wie er gefaßt ist, um zur Zuerkennung der ganzen aufgestellten Frachtforderung zu gelangen, auch den Beweis in sich, daß die Leontine nach Maaßgabe ihrer Ladefähigkeit vollaus mit Mahagoni- und Cedernholz hätte beladen werden können, und lag daher durchaus kein Grund vor, den Kläger außerdem noch mit dem beantragten Beweise zu belasten. — Vielmehr muß es lediglich den Beklagten überlassen bleiben, den von ihnen behaupteten Umstand im Gegenbeweise geltend zu machen.

Wenn

III. die Beklagten sich darüber beschweren, daß nicht die auf ein Verschulden des klägerischen Capitains gestützten Einreden ihnen zum Beweise verstellt seien (Grav. 4), so bedarf diese Beschwerde nach dem oben über die völlige Grundlosigkeit dieser Einreden Bemerkten, keiner weiteren Widerlegung.

Es erübrigt daher nur noch

IV. die letzte Beschwerde, daß der Gegenanspruch der Beklagten auf Erstattung der von Morris dem Capitain gezahlten Liegegelder zum besonderen Verfahren verwiesen, und nicht vielmehr für begründet und liquide erkannt, oder doch zum Beweise verstellt sei. (Grav. 5).

Allein auch diese Beschwerde ist eine offenbar unbegründete, indem nach der Ausführung des Handelsgerichts, auf welche hier Bezug zu nehmen genügt, durch die Verweisung der Einrede ad separatum schon zu günstig für die Beklagten erkannt ist. Und bedarf es daher nur noch der Bemerkung, daß die Meinung der Beklagten, es sei das Liegegeld jedenfalls für zwei Tage zuviel bezahlt, auf einem Irrthume

beruht, indem die Ueberliegetage, wie Beklagte selbst zugeben, mit dem 6. Juli begonnen haben und das Schiff laut des Journals den Rest der Ladung in Amapala erst am 21. Juli erhalten hat, während nur für 10 Tage Liegegelder berechnet sind: was der Capitain seinen Rhedern gegenüber besonders zu rechtfertigen, für nöthig erachtet hat.

Ebendas. [25.]

Frankfurt. 4.

Leopold Langenbach, zu Frankfurt, Beklagter, Appellant, wider **Johann August Simeons** daselbst, Kläger, Appellaten.

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 26. Januar 1865.

In Erwägung,

1) daß, insoweit Appellat beabsichtigt, sein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Contumacialbescheid vom 22. October 1864 auf ein Verschulden der Vertreter des Appellanten zu stützen, dasselbe der Begründung entbehrt,

indem der appellantische Procurator Dr. C., ausweislich des beigebrachten Schreibens vom 21. September 1863,

O.-A.-G.-Act. [19]

dem Sachführer des Appellaten, Dr. P., nur zugesagt hat, daß er „bis auf weitere Instruction Seitens des Herrn Dr. M." (des appellantischen Sachführers) auf Ausschluß beim Ober-Appellationsgericht wider jenen nicht antragen werde,

und appellatischerseits weder behauptet ist, daß der Contumacial-Antrag von Dr. C. ohne Auftrag resp. wider den Willen des Dr. M. eingereicht, noch daß und welchergestalt mit diesem letzteren selbst die Unterlassung einer Ungehorsamsanklage vereinbart worden sei,

aus der Erklärung des Appellanten auf das Restitutionsgesuch aber in dieser letzteren Beziehung weiter Nichts sich

ergiebt, als daß Dr. M. von dem appellatischen Sachführer um eine Fristerstreckung „nur für kurze Zeit“ angegangen worden ist und demgemäß eine Weisung an Dr. C. erlassen hat,

hierdurch aber er sich nicht verpflichtet hatte, selbst nach Ablauf von mehr als Jahresfrist überhaupt nicht, oder doch nicht eher einen Contumacialantrag zu stellen, als nachdem er dem appellatischen Sachführer von seiner deshalbigen Absicht Kenntniß gegeben haben werde;

2) daß dagegen ein ausreichender, auch bereits liquider Restitutionsgrund in dem Verschulden des appellatischen Sachführers Dr. P. gefunden werden muß,

da dieser in dem von ihm verfaßten Restitutionsgesuche bekennt, auf eingelangte Oberappellations-Einführung und Rechtfertigung des Gegners von seinem Mandanten zur Abgabe der Vernehmlassung instruirt worden zu sein,

hiernach aber es seine Pflicht war — insoferne er sich an Erstattung der Vernehmlassung innerhalb der gesetzlichen Frist verhindert fand — eine gerichtliche Fristerstreckung auszuwirken, oder doch wenigstens durch eine bestimmte, mit dem Appellanten oder dessen Vertreter getroffene Vereinbarung seinen Mandanten gegen eine Contumacialanklage sicher zu stellen,

er selbst aber nicht behauptet, dieser Pflicht in genügender Weise nachgekommen zu sein, und es also nur als eine Folge seines Verschuldens angesehen werden kann, daß, nachdem die Frist zur Vernehmlassung längst abgelaufen und der appellantische Sachführer durch den Bescheid des Ober-Appellationsgerichts vom 6. Octbr. 1864 hierauf aufmerksam gemacht worden, derselbe in der Lage war, seinem hiesigen Procurator sofort den Auftrag zur Einreichung einer Ungehorsamsanklage geben zu können,

cf O.-A.-G. Act. [23] pg. 4;

jenes Verschulden auch, obgleich es vom appellatischen Sachführer nicht ausdrücklich eingestanden worden, aus dem thatsächlichen Inhalt der von ihm concipirten Schrift,

O.-A.-G. Act. [18]

von selbst sich ergiebt, und es einer weiteren Bescheinigung des darinliegenden Restitutionsgrundes um so weniger bedarf, als auch die Ausführungen des Appellanten sachlich nur darauf hinauslaufen, daß hier kein Verschulden der appellantischen Vertreter, sondern nur ein solches des appellatischen Sachführers vorliege;

3) daß nach § 160 der O.-A.-Ger.-Ordnung im Falle der Zulassung einer Restitution gegen die durch Schuld des Procurators oder Advocaten versäumte Frist, gegen den Schuldigen immer eine Strafe zu erkennen ist,

diese jedoch im vorliegenden Falle aus dem doppelten Grunde niedrig bemessen werden kann, weil es sich nicht um Versäumung einer Nothfrist handelt, und weil Dr. P. immerhin mit einigem Grunde darauf rechnen konnte, daß, nach einmal gewährter Frist, von der anderen Seite nicht ohne vorherige Kundgebung der deshalbigen Absicht auf Ausschließung mit der Vernehmlassung werde angetragen werden;

im Uebrigen neben der zu verhängenden Strafe den schuldigen Sachführer auch die Pflicht zur Erstattung der durch die Fristversäumniß und den Restitutionsantrag veranlaßten Kosten trifft,

erkennt das Oberappellations-Gericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die vom Appellaten erbetene Restitution wider den am 22. Octbr. 1864 erkannten Ausschluß mit der Vernehmlassung, unter Verurtheilung des appellatischen Sachführers Dr. P. in die durch die Fristversäumniß und das Restitutionsgesuch veranlaßten Kosten, sowie in eine binnen 4 Wochen bei Vermeidung der Execution an die Kanzlei des O.-A.-Gerichts zu zahlende Strafe von 15 ℔ Cour., zu ertheilen sei; und wird 2c.

5. Frankfurt.

Catharine Hoerle, aus Lieblos, Klägerin, **wider** den Curator der **A. Ruhland**'schen Debitmasse zu Frankfurt, Beklagten, Forderung und Vorzugsrecht betreffend.

---

1) Dienstboten haben in Bezug auf das Mobiliar ihrer Herrschaft regelmäßig keine Detention, sondern nur Beaufsichtigung.

2) Bei beabsichtigter Constituirung eines Faustpfandes kommt es nicht darauf an, daß die Detention gleichzeitig mit der Pfandbestellung eingeräumt wird, das Faustpfand liegt in dem Augenblick vor, wenn Detention und Pfandbestellung zusammentreffen.

Rechtsfall. Klägerin stand als Haushälterin im Dienste des Handelsmanns Ruhland in Frankfurt a. M., dem sie ein Darlehn von 1200 fl. gemacht hatte. Ihr Dienstherr gerieth in Schuldhaft, und blieb die Klägerin allein in seiner Wohnung zurück. Sie erlangte damals nach dem Zugeständnisse des Beklagten die Detention des Mobiliars ihres Dienstherrn, welcher später während seiner Haft der Klägerin über ihre Forderung einen Schuldschein ausstellte, worin er ihr sein Mobiliar „in Versatz" gab. Als demnächst über das Vermögen des Ruhland der Concurs eröffnet wurde, begehrte Klägerin, dem Frankfurter Recht gemäß als Faustpfandgläubigerin zum Verkaufe des Mobiliars zwecks ihrer Befriedigung zugelassen zu werden, eventuell nahm sie das Retentionsrecht aus Art. 54 der (Frankfurter) Wechselordnung von 1739 in Anspruch.

Das Stadtgericht zu Frankfurt verwarf in seinem Erkenntnisse vom 5. Februar 1864 beide Anträge der Klägerin, und wurde dieses Erkenntniß vom Appellationsgerichte am 25. Mai 1864 bestätigt.

Auf Appellation der Klägerin erkannte das Ober-Appellationsgericht in seinem Urtheile vom 26. Januar 1865 in Gemäßheit des ersten Antrags derselben reformatorisch dahin:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der Freien Stadt Frankfurt vom 25. Mai 1864, wie hiemit geschieht, aufzuheben, und die sub Nris. 2 bis 21, 30 bis 42 und 49 bis 75 des Inventars in [12] fasc. general. der Ruhland'schen Debitacten verzeichneten Sachen zur Befriedigung der Klägerin wegen ihrer Darlehnsforderung von 1200 fl. mit Zinsen zu 5% seit dem 1. April 1862 durch den geschworenen Ausrufer zu versteigern, auch die Klägerin mit dem hiernach etwa noch verbleibenden Forderungsreste in dem im Ruhland'schen Concurse zu erlassenden Rangurtheile in der IX. Classe der Gläubiger zu lociren sei.

Die Kosten 2c.

Entscheidungsgründe.

Klägerin, welche in der wider den jetzigen Cridar angestellten Pfandklage gebeten hatte, gewisse demselben gehörige Mobiliargegenstände zwecks Befriedigung für ihre jetzt rechtskräftig feststehende Darlehnsforderung von 1200 fl. nebst 5% Zinsen seit dem 1. April 1862 versteigern zu lassen, wiederholt in der principalen Beschwerde gegenwärtiger Instanz die frühere Klagbitte. Es war dieser Beschwerde gemäß der Pfandbesitz der Klägerin an den in ihrer Liquidation näher bezeichneten Sachen anzuerkennen, und unter Aufhebung der entgegenstehenden Entscheidung der vorigen Richter der Verkauf dieser Gegenstände zum Besten der Klägerin zu verfügen.

Es ist richtig, daß den Dienstboten regelmäßig nur hinsichtlich derjenigen Sachen der Herrschaft, welche ihnen zur Benutzung für eigene Zwecke oder für Zwecke der Herrschaft überlassen sind, eine Detention zusteht, während in Bezug auf das sonstige im Hause befindliche Mobiliar nur von

einer Beaufsichtigung der Dienstboten, die je nach den verschiedenen Umständen einen beschränkteren oder weiteren Umfang annehmen wird, gesprochen werden kann. Wenn daher Klägerin, die in dem Verhältnisse einer Haushälterin und Dienstmagd zum Ruhland stand, behauptet, daß sie das Mobiliar ihres Dienstherrn besitze, so hat sie nachzuweisen, daß ihr die Detention der Mobilien ausdrücklich oder stillschweigend von ihrem Dienstherrn übertragen worden. Zu diesem Nachweise würde es dem Beklagten gegenüber, der in der ersten Instanz nur das regelmäßige Verhältniß scheint einräumen zu wollen, nicht genügen, daß die Klägerin, als ihr Dienstherr in Schuldhaft gerieth, allein in seiner Wohnung zurückblieb, da hieraus in Bezug auf das Mobiliar desselben mit Sicherheit nur die Uebertragung einer weiter gehenden Aufsicht an die Klägerin, nicht schon eine Detention derselben würde gefolgert werden können. Aber der Beklagte hat in gegenwärtiger Instanz unzweideutig zugestanden, daß die Klägerin als Haushälterin und Dienstmagd des Ruhland die Schlüssel zu den Schränken und Commoden in Händen gehabt, und als ihr Dienstherr in Schuldhaft gerathen, die Detention seines Mobiliars erlangt habe, auch in diesem Detentionsbesitze verblieben sei.

Dieses Zugeständniß hat Beklagter gegen sich gelten zu lassen.

War aber die Klägerin in der Detention der Mobilien ihres Dienstherrn, so bedurfte es zur Constituirung eines Pfandbesitzes an denselben für sie nicht einer neuen Apprehensionshandlung, sondern nur noch eines Acts, wodurch constatirt wurde, daß sie die bisher für ihren Dienstherrn besessenen Sachen mit seiner Zustimmung im eigenen Namen als Pfandgläubigerin besitzen wollte.

Ein solcher Act würde eine genügende Uebergabe der Mobilien zum Pfandbesitze enthalten, wie eine s. g. brevi manu traditio mit der Wirkung des Eigenthumserwerbs darin zu finden wäre, wenn ihr Dienstherr ihr die detinirten

Mobilien in solutum auf ihre Forderung hätte überlassen wollen und ihren Besitz als Eigenthumsbesitz anerkannt hätte.

L. 9. § 5. D. de acquir. dom. (41, 1.)
L. 9. § 1. D. de public. act. (6, 2.)

Nach der eigenen Anführung des Beklagten läßt sich nun nicht bezweifeln, daß, wie auch Klägerin behauptet, es ihre Absicht war, den Pfandbesitz an den detinirten Mobilien ihres Dienstherrn zu erwerben, und daß der Letztere diesen Pfandbesitz anerkannt hat. Denn der Beklagte stellt von Anfang an die Sache so dar, daß die von der Klägerin als Anlage 1 zu ihrer Klage überreichte Pfandverschreibung vom Ruhland ausgestellt worden, während derselbe im Schuldgefängnisse sich aufhielt, also während nach dem Obigen die Klägerin die ihr durch die Verschreibung „in Versatz" gegebenen Mobilien bereits detinirte.

Mit Unrecht aber hält Beklagter eine unter solchen Umständen ausgestellte Pfandverschreibung auf Grund des Gesetzes vom 10. Januar 1837 für wirkungslos, da vielmehr in derselben nicht bloß eine hypothekarische Verschreibung, sondern zugleich eine Anerkennung der Detention der Klägerin als Pfandbesitzes zu finden, mithin durch diesen Act die Constituirung eines wirksamen Faustpfandes an den von der Klägerin detinirten Sachen zum Abschluß gekommen ist. Denn es kommt bei der Einräumung eines Faustpfandes nicht darauf an, daß die Detention neben der Pfandbestellung übertragen wird; es kann dies schon früher geschehen sein, es kann später erfolgen: das Faustpfand liegt in dem Augenblicke vor, wo eine Pfandbestellung und die körperliche Einwirkung auf die verpfändeten Sachen zusammentreffen, entstand also im vorliegenden Falle mit der Verschreibung, durch welche der Klägerin die von ihr detinirten Sachen „in Versatz" gegeben wurden, und ist es für die auf eine solche Verpfändung der Mobilien gerichtete, durch die Verschreibung selbst dargelgte Absicht der Contrahenten offenbar gleichgültig, ob die Urkunde in ihrem übrigen Inhalte rechtliche Bedeutung hat oder nicht. Ist es hiernach zur Constituirung eines

Faustpfandes gekommen, so ist auch die Bezugnahme auf die Verordnung vom 10. Januar 1837, welche lediglich die Bestellung von Hypotheken an beweglichen Gütern für unwirksam erklärt, unstatthaft. Daß aber auch nach der Verordnung vom 10. Januar 1837 ein Faustpfand anzunehmen sei, wenn die Uebereinkunft über das Pfandrecht unter den Contrahenten und der Besitz der verpfändeten Sache beim Gläubiger vorhanden sind, hat das Ober-Appellationsgericht bereits in der Sache Perl wider Fresenius unterm 17. November 1842 ausgesprochen und war diesem gemäß auch jetzt zu entscheiden.

---

6. Bremen.

Wilhelm Klein, zu Berlin, Kläger, wider **Gottfried Theodor Mohr**, zu Bremen, Beklagten, Commissionsgeschäfte betreffend.

Verbot des Handelsbetriebes durch Mäkler.

Die Vorschrift im Schlußsatz des § 40 der Bremischen Waaren-Mäkler-Ordnung von 1828,*) wonach die dem Verbot zuwider eingegangenen Handelsgeschäfte für keinen der Contrahenten irgend ein Recht begründen sollen, ist als eine höchst singuläre zu betrachten. Sie geht nicht bloß auf die in Bremen, sondern auch auf die auswärts von einem Mäkler für eigene Rechnung eingegangenen Handelsgeschäfte, insbesondere auch auf die nach auswärts hin ertheilten Commissionen. Als ein zugleich gegen die Mitcontrahenten des Mäklers gerichtetes Strafgesetz ist sie nicht aufzufassen.

*) Der § 40 lautet vollständig:

Handlungsgeschäfte zu treiben, öffentlich oder stillschweigend Theilhaber oder Actien-Inhaber einer Handlung, einer Rhederei, Assecuranz-Compagnie, oder einer kaufmännischen Unternehmung zu sein, oder auch einzelne Geschäfte für eigene Rechnung oder als Mitinteressent zu machen, namentlich den Absatz von Waaren zu gewissen Preisen auf eigene Gefahr zu übernehmen, imgleichen Wechsel zu giriren und del credere zu stehen, ferner Aufträge, Commissionen und Consignationen zu Verkäufen oder

Statuten-Collision. Der Proceßrichter hat ein in seinem Staat bestehendes absolutes Prohibitivgesetz auch auf solche Fälle anzuwenden, welche abgesehen davon nach einem anderen örtlichen Recht zu beurtheilen sein würden.

Gewohnheitsrecht. Die Behauptung eines vom gemeinen Recht oder publcirten Rechtsquellen abweichenden Gewohnheitsrechtes ist der Richter zu berücksichtigen nur dann verbunden, wenn geeignete thatsächliche Angaben gemacht sind, woraus sich die Entstehung und Ausbildung des Gewohnheitsrechtes erkennen läßt.

Verhandlungs-Maxime. Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes, welche sich auf eine aus Gründen des öffentlichen Wohles getroffene Gesetzesvorschrift stützen, sind auch von Amtswegen zu berücksichtigen.

Rechtsfall. Der als beeidigter Waaren-Mäkler in Bremen angestellte G. Th. Mohr betrieb in den Jahren 1861 und 1862 an verschiedenen auswärtigen Plätzen Speculationsgeschäfte für seine Rechnung. So ertheilte er an W. Klein in Berlin für Mai und Juni 1862 Auftrag zum Kauf und

Einkäufen oder sonstigen Handelsgeschäften von auswärts her und ohne Dazwischenkunft eines hier seßhaften Einwohners auf eigenen oder untergeschobenen fremden Namen zu übernehmen und zu besorgen, imgleichen mit Auswärtigen Handelsgeschäfts-Correspondenz zu führen oder andere als die gedruckten Courszettel und Waaren-Preis-Couranten auswärts zu verschicken, überhaupt alles, was irgend zu den Handelsgeschäften gerechnet wird, ist ihnen durchaus untersagt und allen ihren Gehülfen gleichfalls strenge verboten.

Wer von ihnen des Zuwiderhandelns gegen dieses Verbot überführt ist, wird beim ersten Contraventionsfalle mit Suspension, im Wiederholungsfalle aber mit Entlassung oder dem Befinden nach mit Cassation bestraft.

Ihre dagegen handelnden Gehülfen sollen sofort entlassen und der Befugniß, künftig Gehülfen zu sein, öffentlich, unter Hinzufügung der Ursache, für verlustig erklärt werden.

Die ihnen und ihren Gehülfen nach Obigem verbotenen Handelsgeschäfte sollen null und nichtig sein und für keinen der Contrahenten irgend ein Recht begründen.

Verkauf diverser Quantitäten Spiritus, Rüböl und Roggen. Das Ergebniß war eine namhafte Differenz zum Nachtheil Mohr's. Als W. Klein diese Differenz nebst Courtage und Provision beim Handelsgericht zu Bremen einklagte, erklärte Mohr, er erkenne die Rechnung des Klägers als richtig an, sei aber außer Stande zu bezahlen; er sei zwar Bremischer Waaren-Mäkler, wolle sich aber auf diesen Umstand zu seiner Vertheidigung in diesem Verfahren nicht berufen.

---

1) Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 22. September 1862.

In Erwägung:

daß der vorliegenden Klage kaufmännische Commissions-Geschäfte, also wahre Handelsgeschäfte, zu Grunde liegen, indem Kläger im Auftrage des Beklagten und für denselben bedeutende Quantitäten Spiritus, Rüböl und Roggen eingekauft und wieder verkauft hat, und jetzt den Beklagten wegen des bei diesen Geschäften sich ergebenden Verlusts, der Differenz, in Anspruch nimmt;

daß indessen gerichtskundig und unwidersprochen der Beklagte hiesiger, obrigkeitlich angestellter Waarenmäkler ist, und daher die für die hiesigen Waarenmäkler bestehenden gesetzlichen Bestimmungen auf ihn Anwendung finden; daß schon in der Mäkler-Ordnung vom 11. December 1795 sub 36, den hiesigen Mäklern neben den speciell angeführten Geschäften „überhaupt alles', was irgend einem Handelsgeschäfte gleicht, gänzlich untersagt ist", und schon hiernach mit Rücksicht auf

l. 5. C. de leg. et const. (1, 14.)

die Zulässigkeit der angestellten Klage großen Bedenken unterliegt, diese aber jedenfalls durch den § 40 der Waaren-Mäkler-Ordnung vom 29. December 1828 beseitigt sind, indem darin nicht bloß jenes Verbot wiederholt und noch genauer und bestimmter ausgedrückt, auch eine Strafandrohung (Suspension, Entlassung und selbst Cassation) hinzugefügt, sondern auch ausdrücklich ausgesprochen ist,

„daß die ihnen (den Waarenmäklern) verbotenen Handelsgeschäfte null und nichtig sein und für keinen der Contrahenten irgend ein Recht begründen sollen", so daß hier ein absolutes, die Nichtigkeit der verbotenen Geschäfte vorschreibendes Prohibitiv-Gesetz vorliegt, welches das Gericht hindert, so lange dieses Gesetz noch besteht, Klagen wie die gegenwärtige zuzulassen und darauf hin eine Verurtheilung gegen das verbietende Gesetz auszusprechen, selbst wenn ein desfallsiger Einwand nicht vorgeschützt ist, wie schon mehrfach vom Handelsgerichte anerkannt worden ist;

daß hiergegen auch der vorliegende Verzicht des Beklagten keine Berücksichtigung finden kann, da das gedachte Verbot dem öffentlichen Rechte angehört, und im öffentlichen Interesse, u. A. zur Erhaltung völliger Unpartheilichkeit und Integrität der Mäkler erlassen ist, nicht aber aus Rücksicht auf das persönliche Interesse der Mäkler, diese mithin durch einen Verzicht auf einen auch ihnen etwa aus dem Gesetze zustehenden Einwand das Gesetz nicht wirkungslos machen können, dasselbe vielmehr nach wie vor den Gerichten zur Richtschnur dienen muß;

daß hiernach also die Klage gegen den verklagten Waarenmäkler nicht zuzulassen ist, eine Mittheilung an dessen vorgesetzte Behörde zum Zweck der Einleitung des nach § 40 cit. etwa erforderlichen Verfahrens jedoch zu erfolgen hat:

erkennt das Handelsgericht für Recht: daß Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen und in die Kosten dieses Verfahrens zu verurtheilen, übrigens von Amtswegen eine Abschrift des gegenwärtigen Erkenntnisses der Behörde für das Mäklerwesen mitzutheilen sei.

---

2) Obergerichtliches Erkenntniß vom 21. September 1863.

(Auf Appellation des Klägers.)

Dasselbe lautet bestätigend, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger und Appellant vermag freilich nicht zu bestreiten, daß in der Bremischen Mäklerordnung der Grundsatz ausgesprochen sei, auf welchen das Erkenntniß des Handelsgerichts, welches die Klage abweiset, gegründet worden, aber er glaubt, es dürfe das gedachte Gesetz aus folgenden Gründen nicht auf den vorliegenden Fall angewendet werden:

1) es handle sich nicht um ein in Bremen, sondern um ein auswärts abgeschlossenes Geschäft, dessen Erfüllungsort auswärts sei;

2) nach der ratio legis sei nicht anzunehmen, es habe der Mäkler verhindert werden sollen, auswärts Handelsgeschäfte zu treiben;

3) die Mäklerordnung von 1828 sei im Laufe der Zeit außer Gebrauch gekommen und daher nicht mehr anwendbar.

Was nun zunächst den ersten und zweiten Grund anlangt, so verfolgt die Bremische Mäklerordnung vom 29. December 1828 die nämliche Tendenz wie der

Code Napoléon, Art. 85,
Pr. Landrecht. § 1328,
Span. Gesetzbuch, Art. 99,
Niederl. H. G. Buch, Art. 98,

endlich das

D. H. Gesetzbuch Art. 69 sub 1, 2, 3,
Pr. Einf. Gesetz. §. 5.

Alle diese Gesetze wollen den Mäkler verhindern, Handelsgeschäfte zu treiben, und wenden dazu verschiedene Mittel an. In allen diesen Gesetzen wird kein Unterschied zwischen auswärtigen und inländischen Geschäften gemacht, und da der Handel eine kosmopolitische Natur hat und selbst durch die Grenzen des größten Reiches der Erde sich nicht einengen läßt, so war das auch wohl nicht möglich. Wenn aber es auch möglich sein sollte, dies in größeren Staaten zu übersehen, so läßt sich doch mit Sicherheit annehmen, in einem kleinen Staate, wie Bremen, sei eine solche Beschränkung undenkbar und einer totalen Wirkungslosigkeit des Gesetzes gleich, wenn der locus contractus oder der locus solutionis

außerhalb des Staatsgebiets den Mäkler straflos, das Geschäft gültig machen sollte. Im Uebrigen kann auf die vollkommen zutreffende Ausführung in den

> Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse des Handelsgerichts in Sachen Suermondt c. Mohr, vom 4. December 1862,

verwiesen werden.

Daß die Verordnung nicht außer Gebrauch gekommen, läßt sich nachweisen durch die dazu in den letzten 20 Jahren erlassenen Nachträge:

> Nachtrag vom 27. März 1843,
> " " 16. Febr. 1846,
> " " 2. April 1846,
> Verordn. " 8. Decbr. 1857,

welche den unumstößlichen Beweis liefern, daß der Inhalt der gedachten Verordnung fortwährend die Thätigkeit der Legislatur in Anspruch genommen hat, so wie denn auch vielfach dieselbe von den Gerichten zur Anwendung gebracht ist.

> Vgl. die in dem Decret des H.-Gerichts vom 1. Juni 1863 in Sachen Kisker c. Mohr enthaltenen Allegate.

Im Uebrigen genügt, um die Beschwerden als unbegründet darzustellen, eine Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses.

---

3) Oberappellationsgerichtliches Erkenntniß vom 30. Januar 1865.

(Auf Appellation des Klägers.)

Dasselbe lautet bestätigend, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Entscheidungsgründe.

I. Wo die Mäkler eine besondere Classe obrigkeitlich für ihren Beruf angestellter und mit ausschließlicher Berechtigung versehener Personen bilden, da wird als natürliche Consequenz sich in der Regel auch die gesetzliche Bestimmung finden, daß den Mäklern das Betreiben von Handelsgeschäften auf eigene Rechnung, mindestens in dem Zweige des Han-

dels, in welchem sie als Vermittler thätig sind, untersagt sei. Wie die bedeutendsten früheren Handelsgesetzgebungen, z. B. die französische, niederländische, preußische, ein solches Verbot enthalten, so besteht dasselbe namentlich auch in den vier freien Städten schon seit langer Zeit.

Lübeck: Mäkler-O. vom 26. Juni 1822 Art. 12 und Kaufmanns-O. vom 18. Juni 1853 § 5.
Frankfurt: Waaren-Mäkler-O. vom 26. Nov. 1799 § 3.
Bremen: Mäkler-O. vom 4. Febr. 1750 § 23, rev. Mäkler-O. vom 11. Decbr. 1795 § 36. Schiffsmäkler-O. vom 2. Novbr. 1818 § 12.
Hamburg: Mäkler-O. vom 15. Decbr. 1824 § 26

In gleicher Weise ist das Verbot in das neue deutsche Handelsgesetzbuch Art. 69 übergegangen.

Dagegen muß die Bestimmung der Bremischen Mäklerordnung von 1828, daß ein wider das Verbot eingegangenes Handelsgeschäft null und nichtig sein und für keinen Contrahenten irgend ein Recht begründen soll, als eine höchst singuläre, zu schweren Vermögensverletzungen führende bezeichnet werden.

Den Satz des gemeinen Rechtes, daß verbotene Rechtsgeschäfte auch ohne specielle Androhung für nichtig zu halten seien, kann man da nicht anwenden, wo Verträge nicht aus objectiven Gründen, sondern lediglich aus Rücksicht auf Stand oder Amt eines Contrahenten untersagt sind, wo das Verbot nur einen disciplinarischen oder gewerbepolizeilichen Charakter hat; indem in solchem Falle der betreffende Contrahent nur seine, von den privatrechtlichen Bedingungen des Geschäfts ganz trennbaren öffentlichen Pflichten verletzt, wovon der Natur der Sache nach nur eine Bestrafung die Folge sein kann. Dieser Grundsatz, welcher ohne Zweifel in den Fällen, wo schon das Civilrecht den Handelsbetrieb lediglich aus Rücksicht auf die Würde eines Standes oder Amtes untersagt hat, Anwendung finden muß,

vergl. v. Wening Civilr. B. III. § 144.

ist vom O.-A.-Gericht in Bezug auf subjective Beschränkungen aus gewerbepolizeilichen Rücksichten schon bisher anerkannt

worden, und er hat in vollem Umfange auch in Art. 276 des deutschen Handelsgesetzbuches seinen Ausdruck gefunden.

Was speciell die Ausschließung der Mäkler vom Handelsbetriebe betrifft, so dürfte es schwerlich eine zweite Handelsgesetzgebung geben, welche gleich dem Bremischen Gesetz von 1828 die Nichtigkeit des einzelnen Handelsgeschäftes angeordnet hätte. Nur Bestrafung des betreffenden Mäklers wird gedroht im Code de commerce art. 87 f., im Preuß. Landr. Th. II. Tit. 8 § 1328, sowie in den angeführten Lübeckischen und Hamburgischen Verordnungen. Und wie man in Hamburg laut der vom Kläger angeführten Entscheidung des dortigen Handelsgerichts kein Bedenken getragen hat, das einzelne Geschäft für beiderseits verbindlich zu erklären, so scheint dies auch in Frankreich sowohl wie in Preußen ausgemacht zu sein, und wird von der Doctrin in Ermanglung besonderer Gesetzesvorschriften angenommen.

Vergl. Sirey les codes annotés, ad art. 85. cod. comm. not. 5.
Beseler deutsch. Privatr. III. § 218. Nr. IV.
Brinckmann Handelsr. § 121 Note 14 und 21.

Das deutsche Handelsgesetzbuch hat in Uebereinstimmung mit dem oben angeführten Art. 276 die Gültigkeit der Geschäfte in Art. 69 sub 1 ausdrücklich vorbehalten, und mit der Einführung desselben in Bremen (vergl. Einführungsgesetz vom 11. Mai 1864, § 12) ist dieser Vorbehalt für die Zukunft auch dort in Wirksamkeit getreten.

II. Die ganz singuläre Natur der fraglichen Bestimmung darf den Richter jedoch von ihrer Anwendung auf den einzelnen Fall nicht abhalten; und die Gründe, womit der Kläger die Entscheidung der vorigen Instanzen bekämpft hat, stellen sich sämmtlich als unhaltbar dar.

1) Der Kläger beruft sich zunächst darauf: bei Beurtheilung eines durch Vertrag entstandenen obligatorischen Verhältnisses kämen lediglich die Gesetze des verabredeten Erfüllungsortes zur Anwendung, und dieser sei hier unbestritten ein in Preußen gelegener Ort, so daß das vorliegende Vertragsverhältniß überhaupt nach der Preußischen und nicht

nach der Bremischen Gesetzgebung zu beurtheilen sei. Man wird nun allerdings anzuerkennen haben, daß Berlin nicht bloß für die vom Kläger im Auftrag des Beklagten abgeschlossenen Geschäfte, welche hier nicht in Frage stehen, sondern auch für das aus dem Mandat entsprungene Contractsverhältniß unter den Parteien selbst als vereinbarter Erfüllungsort anzusehen war. Allein der § 40 der Mäklerordnung hat, indem er den Mäklern sowohl den Handelsbetrieb im Allgemeinen, als auch alle einzelnen auf eigene Rechnung von ihnen einzugehenden Handelsgeschäfte bei Strafe verbietet, und überdies jedes derartige Geschäft für null und nichtig erklärt und beiden Contrahenten alle darauf zu gründenden Rechte abspricht, unverkennbar den Charakter eines absoluten Prohibitivgesetzes. Und daß die Gerichte desjenigen Staates, in welchem ein solches Prohibitivgesetz besteht, an dasselbe unbedingt bei jedem ihnen zur Entscheidung vorliegenden Falle, welchem örtlichen Rechte er auch sonst zu unterstellen sein möge, gebunden sind, darüber herrscht in der Doctrin von der sogenannten Statutencollision kaum eine Verschiedenheit der Meinungen; und auch das O.-A.-Gericht hat an diesem Grundsatze stets festgehalten. Die Bremischen Gerichte können sich daher der Anwendung des § 40 cit. in allen den Fällen, in welchen ein Geschäft von dem darin enthaltenen Verbot betroffen wird, nicht entziehen.

2) Der Kläger wendet ferner ein, der § 40 habe die Natur eines Strafgesetzes; ein solches finde aber der Regel nach nur Anwendung auf die in dem Staatsgebiet, in welchem das Gesetz publicirt worden, begangenen Handlungen, während ein Ausnahmsfall, wo ein Strafgesetz auch für auswärts begangene Handlungen gegeben werde, hier nicht vorliege.

Ginge die Vorschrift am Schluß des § 40 bloß dahin, daß der Mäkler aus einem verbotswidrig von ihm abgeschlossenen Handlungsgeschäft keine Rechte herleiten dürfe, dann würde dem hier erhobenen Einwande überhaupt keine selbstständige Bedeutung beizulegen sein. Denn welcher Theo-

rie man hinsichtlich der Frage, wieweit die Unterthanen eines Staates den daselbst erlassenen Strafgesetzen auch rücksichtlich ihrer auswärts vorgenommenen Handlungen unterworfen seien, im Allgemeinen folgen möge, so würde doch Alles darauf ankommen, in welchem Umfange der Gesetzgeber die Vorschrift des § 40 zur Geltung zu bringen beabsichtigt habe, da die Befugniß der Gesetzgebung, auch solche auswärtige Handlungen der Unterthanen, welche principmäßig nicht nach dem einheimischen Recht zu beurtheilen sein würden, einem einzelnen Strafverbot zu unterwerfen, keinem Zweifel unterliegen kann. Das Argument des Klägers würde daher mit dem sub 3 folgenden Einwand zusammenfallen.

Anders steht es jedoch, da die Nichtigkeit des Geschäftes zugleich jeden Mitcontrahenten eines Bremischen Mäklers treffen soll. Wäre hierin eine strafgesetzliche Bestimmung zu erkennen, so würde sie allerdings nur gegen diejenigen angewendet werden können, welche entweder vermöge der Publication des Gesetzes seiner Herrschaft unterworfen sind, oder sonst Kenntniß des Strafverbots erlangt haben. Und von dem Kläger, einem Ausländer, welcher die in Frage stehende Handlung nicht im Bremischen Staatsgebiet vorgenommen hat, steht es nicht nur nicht fest, daß er den § 40 der Mäkler-Ordnung gekannt habe, sondern es fehlt selbst an einer dahin gehenden Behauptung in den Acten. Allein der Charakter eines Strafgesetzes kann der Schlußbestimmung des § 40 nicht beigelegt werden. Zwar war die Absicht des Gesetzgebers unverkennbar die, dem Verbote des Handelsbetriebes der Mäkler durch die angeordnete gänzliche Nichtigkeit der dem Verbot zuwiderlaufenden Geschäfte größeren Nachdruck zu geben. Daß aber das Verbot selbst nicht bloß gegen die Mäkler, sondern zugleich gegen die mit ihnen contrahirenden Personen hätte gerichtet sein, auch die Handlungsweise der letzteren als eine straffällige aufgefaßt werden sollen, dafür fehlt es ebenso sehr an einem inneren Grunde, als an jedem Anhalt in der Fassung des Gesetzes, welches überall nur von einem den Mäklern ertheilten Verbote redet, und

ihnen allein im zweiten Absatz des Paragraphen eine Strafe droht. Man hielt diese Strafdrohung nicht für ausreichend, und wollte den Zweck, die Mäkler vom Handelsbetriebe fern zu halten, daneben durch ein zweites Mittel sicher stellen, durch die dem Privatrecht angehörige Vernichtung aller einzelnen verbotswidrigen Verträge.

Weiter hat der Kläger

3) geltend gemacht, das ganze Verbot des § 40 cit. beziehe sich nach dem wahren Sinn und Zweck der Vorschrift lediglich auf solche Handelsgeschäfte, welche von den Mäklern im Bremischen Staatsgebiet gemacht würden, und namentlich nicht auf die nach einem auswärtigen Ort hin ertheilten Commissionen.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Die Berufsthätigkeit der Mäkler und das damit verknüpfte ausschließliche Recht derselben beschränkt sich allerdings auf die Vermittlung der in Bremen abzuschließenden Geschäfte (§ 16 der M.-O.). Allein wenn das Verbot des eigenen Handelsbetriebes eine Garantie für die Unparteilichkeit der Mäkler geben sollte, wie dies allseitig und auch vom Kläger als Grund des Verbotes anerkannt wird, so ist es von selbst klar, daß bei diesem Verbote die Grenzen des Staatsgebietes keinen Unterschied machen konnten, der auswärtige Handelsbetrieb vielmehr ganz ebenso, wie der in Bremen selbst, als Störung oder Gefährdung der Unparteilichkeit angesehen werden mußte. Ob ein Mäkler im Bremischen Staatsgebiet oder in einem nahe gelegenen Hannoverschen Orte Handelsgeschäfte treibt, das bleibt sich in der Rückwirkung auf die Mäklerthätigkeit wesentlich gleich, und auch eine größere Entfernung des Ortes kann nach der Natur des Handels an sich daran nichts ändern, indem es ganz von den Umständen abhängt, in welchem Grade die an einem entlegeneren Orte von einem Mäkler gemachten Geschäfte auf die Ausübung seines Berufes in Bremen von Einfluß sein werden. Wollte das Gesetz eine wirksame Garantie der Unparteilichkeit geben, so mußte es nothwendig den Mäklern jeden Handelsbetrieb allgemein und

ohne alle örtliche Beschränkung verbieten. Dem entspricht auch die Fassung des Gesetzes völlig. Der das Verbot enthaltende erste Absatz des § 40 bezeichnet als Gegenstand des Verbotes das Treiben von Handelsgeschäften überhaupt, und das Eingehen einzelner Geschäfte auf eigene Rechnung in der allgemeinsten Weise, und ist durch Aufzählung einer Reihe von Beispielen und Zufügung der Schlußclausel: „überhaupt Alles, was irgend zu den Handelsgeschäften gerechnet wird," bestrebt, jede Mißdeutung über den ausgedehnten Umfang des Verbotes zu verhüten; wogegen von einer örtlichen Begrenzung desselben sich nicht die mindeste Andeutung findet. Die Fassung des ersten Absatzes muß aber um so mehr als eine wohlüberlegte vorausgesetzt werden, da sie sich als eine revidirte und verbesserte Redaction der bereits dasselbe Verbot enthaltenden Stellen der früheren Mäklerordnungen von 1750 und 1795 darstellt, wobei die in der Zwischenzeit gemachten Erfahrungen nicht unbenutzt bleiben konnten.

Der Kläger meint zwar: da im ersten Absatz des § 40 die Uebernahme von Commissionen zu Handelsgeschäften von auswärts her, nicht aber die Ertheilung von Aufträgen nach auswärts hin, ausdrücklich als unter dem Verbot begriffen genannt sei, so lasse sich daraus schließen, daß das Gesetz Aufträge zu auswärtigen Geschäften den Mäklern nicht habe verbieten wollen. Allein mit Unrecht. Das Verbot, Handelsgeschäfte für eigene Rechnung zu treiben, umfaßte nicht nothwendig den Fall mit, wenn ein Mäkler als Commissionair die Besorgung von Handelsgeschäften für Andere übernimmt. Der § 43 der Verordnung ergiebt denn auch, daß die Uebernahme kaufmännischer Commissionen den Mäklern nicht unbedingt untersagt werden sollte, sondern nur insofern, als der Auftrag entweder von Comtoir-Bedienten ohne Vorwissen ihrer Principale, oder von Fremden ausginge, welche in Bremen nicht handeln dürfen. Hätte man sich nun in § 40 darauf beschränkt, das Eingehen einzelner Geschäfte für eigene Rechnung zu verbieten, so konnte leicht gefolgert werden, daß die Uebernahme von Commissionen allge-

mein erlaubt sei. Um dieser Folgerung zu begegnen, und jeden Zweifel an der Uebereinstimmung mit § 43 zu beseitigen, hielt man es offenbar für zweckmäßig, den Hauptfall einer verbotenen Uebernahme von Commissionen, nämlich der von Fremden ausgehenden Aufträge, schon im § 40 ausdrücklich hervorzuheben. Daß nur dies, die Ausschließung eines durch Mäkler vermittelten Handelsbetriebes Fremder, den Anlaß zu der fraglichen Stelle in § 40 gegeben hat, wird namentlich durch den in Einklang mit § 43 aufgenommenen Zusatz „und ohne Dazwischenkunft eines hier seßhaften Einwohners" außer Zweifel gesetzt. Dagegen war es von selbst klar, daß die Ertheilung von Commissionen zum Kaufen oder Verkaufen von Waaren, weil sie nichts anderes ist, als ein für Rechnung des Committenten gehendes Handelsgeschäft, unter das allgemeine Verbot des Handelsbetriebes für eigene Rechnung fiel, und es einer besonderen Erwähnung, daß den Mäklern auch die Ertheilung auswärtiger Commissionen untersagt sei, nicht erst bedurfte. Ueberdies bestätigt aber auch die unmittelbar darauf hinzugefügte Clausel, wonach den Mäklern verboten wird, „mit Auswärtigen Handelsgeschäfts-Correspondenz zu führen," daß die Schlußfolgerung des Klägers eine unbegründete ist, und das Gesetz das Betreiben von Handelsgeschäften auswärts so gut, wie in Bremen untersagen wollte.

Ebenso unhaltbar ist das Argument des Klägers, daß nach der ratio legis nicht angenommen werden könne, es habe einem Mäkler, welcher seinen Beruf nur für einen bestimmten Handelsartikel ausübe — wie denn der Beklagte nur Tabacks-Mäkler sei — das Betreiben auswärtiger Geschäfte auch in allen andern Handelszweigen verboten werden sollen. Wäre dies Argument richtig, so müßte der gleiche Unterschied auch für die in Bremen zu machenden Handelsgeschäfte gelten. Allein die Mäkler-Ordnung kennt nach § 16 keine auf bestimmte Handels-Artikel beschränkte Anstellung von Waaren-Mäklern, und hat auf den Umstand, daß ein Mäkler factisch seinen Beruf ausschließlich oder vorzugs-

weise für einen einzelnen Waaren-Artikel ausübt, nirgends Rücksicht genommen. Das Verbot des § 40 trifft daher alle Waaren-Mäkler, mögen sie für einen oder mehrere Handels-Artikel thätig sein, in gleicher Allgemeinheit.

4) Endlich hat der Kläger noch eingewendet, der § 40 der M.-O. sei längst veraltet und außer Gebrauch gekommen, es würden von allen, auch den tüchtigsten Bremischen Mäklern schon lange Handelsgeschäfte auf eigene Rechnung betrieben.

Mag nun auch selbst ein Prohibitiv-Gesetz durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht beseitigt werden können, so fehlt es der Behauptung des Klägers doch an der nöthigen Substantiirung. Die Berufung einer Partei auf ein vom gemeinen Rechte oder von publicirten Rechtsquellen abweichendes Gewohnheitsrecht ist der Richter, wegen des sonst augenscheinlich davon zu befürchtenden Mißbrauches in der Proceßführung, nur dann zu berücksichtigen verbunden, wenn geeignete thatsächliche Angaben gemacht werden, woraus sich die Entstehung und Ausbildung des Gewohnheitsrechtes erkennen läßt; wie dies vom O.-A.-Gericht schon wiederholt, namentlich auch in Bremischen Sachen,

z. B. Hildebrandt c. Lohgerberamt, Septbr. 1853,
Leupold c. Köncke u. Conf., Septbr. 1860,
Stahl c. Wöltge Benefic.-Erben, Octbr. 1862,

ausgesprochen worden ist. Der Kläger hat aber nur ganz allgemein die Behauptung aufgestellt, es würden schon lange von allen Bremischen Mäklern Handelsgeschäfte auf eigene Rechnung betrieben, und diese Geschäfte seien stets „mit dem Gefühl, daß sie gültig seien", von beiden Seiten ausgeführt worden. Er hat weder etwas Näheres über die Zeit angegeben, seit welcher dieser Gebrauch bestehen soll, noch einzelne Fälle desselben namhaft gemacht; auch läßt sich nicht einmal mit Bestimmtheit entnehmen, ob der fortgesetzten Vollziehung der Geschäfte mehr als das Gefühl einer moralischen Verbindlichkeit zu Grunde gelegen habe; noch weniger ist eine Erklärung gegeben worden, wie das Bewußtsein einer

wirklichen Rechtspflicht dem speciellen gesetzlichen, und den Mäklern durch ihren Diensteid eingeschärften Verbot gegenüber entstanden sein soll. Zu dem allen kommt noch hinzu, daß das Handelsgericht in seinem Erkenntniß vom 1. Juni 1863 in Sachen Kisker c. Mohr bezeugt hat, die Richtigkeit der von Mäklern eingegangenen Handelsgeschäfte sei in drei daselbst angeführten Entscheidungen desselben von 1851, 1857 und 1862 anerkannt worden; und ob diese Fälle gerade auswärtige Handelsgeschäfte betrafen, darauf kann schon darum kein Gewicht gelegt werden, weil ein speciell auf die Gültigkeit auswärtiger Geschäfte beschränktes Gewohnheitsrecht gar nicht behauptet ist.

III. Der Kläger hat sich zwar nicht in den zur Bekämpfung der vorigen Entscheidungen speciell aufgeführten Rechtsgründen, aber doch beiläufig im Eingange seiner beiden Appellationslibelle voriger und jetziger Instanz darauf berufen, der Beklagte habe dem klägerischen Anspruch gegenüber auf jeden Einwand, der ihm als Mäkler zustehe, verzichtet. Mit den vorigen Instanzen kann jedoch auch hierin ein Grund zur Aufrechthaltung der Klage nicht gefunden werden.

Ein Verzicht des Beklagten auf die gesetzliche Ungültigkeit der streitigen Geschäfte liegt allerdings vor; zwar nicht darin, daß er in dem Briefe (Klagbeilage 1) dem Kläger schrieb, er habe ihm den berechneten Saldo gutgeschrieben, wohl aber in der protocollarischen Erklärung auf die Klage: er wolle sich auf seine Eigenschaft als Bremischer Waarenmäkler zu seiner Vertheidigung in diesem Verfahren nicht berufen. Da es offenbar nicht zur Begründung der Klage gehörte, daß der Beklagte nicht Mäkler sei, so verzichtete der Beklagte durch jene Erklärung auf eine der Klage entgegenstehende Einrede. Dieser Verzicht würde vom Richter beachtet werden müssen, wenn die Vorschrift des § 40 lediglich auf einem privatrechtlichen Grunde beruhte, in dem Verzicht also die nachträgliche wirksame Uebernahme der streitigen Verpflichtung zu finden wäre. So steht die Sache hier aber nicht. Aus einem privatrechtlichen Grunde läßt sich die

Schlußbestimmung des § 40 in keiner Weise erklären. Die Absicht des Gesetzgebers konnte vielmehr, wie schon oben erwähnt, nur die sein, dem Verbote des Handelsbetriebes der Mäkler durch die angeordnete Nichtigkeit größeren Nachdruck zu verleihen, seine wirkliche Befolgung noch sicherer, als durch eine bloße Strafdrohung, zu erreichen. Ist nun das Verbot selbst, insofern es bezweckt, die Stellung und Berufsthätigkeit der Mäkler in voller Unparteilichkeit zu erhalten, unbezweifelt als ein im öffentlichen Interesse erlassenes anzusehen, so muß dasselbe nothwendig auch von der, lediglich zur Unterstützung des Verbots getroffenen Schlußbestimmung des § 40 gelten.

Sobald aber ein Rechtsgeschäft aus Gründen des öffentlichen Wohles gesetzlich für ungültig und zur Begründung eines Anspruches unfähig erklärt worden ist, so kann die auf den processualischen Regeln beruhende Scheidung der von der einen und andern Partei aufzustellenden Behauptungen, und die damit zusammenhängende Bedeutung versäumter oder ausdrücklich aufgegebener Vertheidigungsmomente nicht in Betracht kommen. Vielmehr muß der Richter, sobald die vom Gesetz vorausgesetzte Thatsache in irgend einer Weise zu actenmäßiger Gewißheit erhoben ist, für verpflichtet gehalten werden, die gesetzliche Folge auch von Amtswegen auszusprechen; ein Grundsatz, welchen das O.-A.-Gericht unter andern in einer Frankfurter Sache,

vergl. Samml. der Entscheid. d. O.-A.-Gerichts in Frankf. Rechtssachen, durch einen Verein von Juristen, Bd. 1, S. 110, f., 121.

wo die Einrede der lex commissoria beim Pfandvertrag und des Zinswuchers in Frage standen, in gleicher Weise zur Anwendung gebracht hat.

Die im vorliegenden Falle entscheidende Thatsache, die Eigenschaft des Beklagten als Waarenmäkler, ist aber nicht nur unter den Parteien unbestritten, sondern auch nach dem Zeugniß des Handelsgerichts als notorisch anzusehen.

7. Bremen.

Oskar Kisker zu Stettin, Kläger, wider **Gottfried Theodor Mohr** zu Bremen, Beklagten, Forderung betreffend.

Actio doli wegen Verleitung zu einem gesetzlich für nichtig erklärten Vertrag. Des dolus macht sich nicht bloß der schuldig, welcher seinem Mitcontrahenten die Thatsache verschweigt, worauf die Nichtigkeit beruht, sondern auch der, welcher die betreffende gesetzliche Bestimmung verschweigt, sofern er dieselbe den Umständen nach als dem Mitcontrahenten unbekannt voraussetzen muß, also namentlich, wenn die gesetzliche Bestimmung eine ganz singuläre und der Mitcontrahent ein entfernt wohnender Auswärtiger ist. — Ist die Klage begründet, so muß dem Kläger alles das vergütet werden, was er auf Anlaß des nichtigen Contractes vergeblich aufgewendet hat (z. B. auch durch gewerbsmäßige Bemühungen), oder entbehren mußte.

Die actio doli erfordert nicht gerade, daß eine Benachtheiligung des Klägers direct beabsichtigt sei; auch das wissentliche Versetzen in eine Gefahr, die demnächst zum wirklichen Schaden ausgeschlagen ist (dolus eventualis), genügt.

Wirkung des durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Vertrags. Hat der Stellvertreter von einem einflußreichen Umstande Kenntniß, so hat der Principal die Folgen davon ebenso zu tragen, als wenn er den Umstand selbst gekannt hatte. Der Principal ist aber deshalb noch nicht als ein wirklich Wissender anzusehen.

Der Rechtsfall unterscheidet sich vom vorigen wesentlich nur durch die eventuell angestellte actio doli, deren Begründung aus dem Erkenntniß dritter Instanz ersichtlich ist. Hervorzuheben ist nur, daß von den drei Commissionsgeschäften, welche den Gegenstand der Klage bilden, das erste (1861) durch einen in Bremen wohnenden Agenten des Klägers vermittelt worden war, während die beiden andern

(1862) direct durch briefliche Correspondenz unter den Parteien zu Stande kamen.

---

1) Handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 1. Juni 1863.

Da der gegenwärtigen Klage im Wesentlichen die nämlichen Gründe entgegenstehen, wie der von Suermondt & Wagner zu Rotterdam gegen den jetzigen Beklagten, und daher die Verweisung auf die in jener Sache abgegebenen Entscheidungsgründe zum Erkenntnisse vom 4. Decbr. 1862*) zur Darlegung der Unzulässigkeit der Klage, sowohl aus den Commissionsgeschäften selbst, als wegen angeblichen dolus des Beklagten genügt, und hier nur noch erwähnt werden mag, daß das im öffentlichen und nicht im Privat-Interesse der Mäkler erlassene Verbot jedes eigentlichen Handelsbetriebs an die Mäkler keineswegs durch eine entgegenstehende Ge-

*) Dieses (in dritter Instanz vom Beklagten vorgelegte) Erkenntniß des Handelsgerichtes in Sachen Suermondt & Wagner c. Mohr begründete die Verwerfung der eventuell angestellten actio doli folgendermaßen. Es könne dahin gestellt bleiben, ob bei einem so bestimmten Gesetze, wie § 40 der M.-O., der eine Contrahent durch Berufen auf den dolus des Andern eben das erlangen könne, was er in Folge gesetzlicher Vorschrift aus dem Geschäfte selbst nicht erreichen könne, namentlich wenn es sich nicht um eine Bereicherung, sondern um einen Verlust des Andern handle. Denn aus sämmtlichen Anführungen der Kläger sei ein wirklicher dolus des Beklagten nicht zu entnehmen. Falsche Vorspiegelungen desselben behaupteten die Kläger nicht,

vergl. l. 1. 2. 3. C. si minor (2, 43),

sondern schlössen im Grunde nur von seiner Kenntniß des Gesetzes auf seine Kenntniß der Nichtigkeit des Geschäftes, behaupteten selbst aber noch fortwährend die Gültigkeit des Geschäfts. Beklagter könne aber so gut geirrt haben, wie die Kläger noch jetzt irrten, und würde überdies höchstens dann wirklich dolos gehandelt haben, wenn er seine Eigenschaft als Mäkler absichtlich verschwiegen, oder doch von vornherein die Absicht gehabt hätte, auf diese Eigenschaft und die Nichtigkeit sich zu berufen. Von Ersterem könne keine Rede sein, da die Kläger in Bremen einen Agenten gehabt hätten und die Mäkler-Eigenschaft des Beklagten notorisch gewesen sei; von Letzterem nicht, weil der Beklagte durch starke Abschlagszahlungen an die Kläger seine Absicht, die nichtigen Geschäfte dennoch zu erfüllen, genügend an den Tag gelegt habe

wohnheit in Wegfall gekommen ist, wie schon daraus hervorgeht, daß schon früher darauf hin die Nichtigkeit der von Mäklern oder ihren Gehülfen geschlossenen Handelsgeschäfte vom Handelsgerichte anerkannt worden ist,

cf. Entsch. d. H. G. v. 5. März 1851 i. S. Gehle c. Hagens,
Entsch. d. H. G. v. 27. Jan. 1857 i. S. Holle & Dohrmann c. Oetting,
Entsch. d. H. G. v. 6. März 1862 i. S. Gaedeke c. Baumann & Co.

wie das Handelsgericht auch in vielen anderen Fällen die sonstigen Verbote der Mäklerordnungen mit der angedrohten Nichtigkeit seinen Entscheidungen zu Grunde gelegt und auf die Unzulässigkeit eines solchem Verbote widerstreitenden Gebrauchs hingewiesen hat (es werden 5 Erkenntnisse des Handelsgerichts aus den Jahren 1848—1862 angeführt), hiernach also auch die Abweisung der gegenwärtigen Klage mit den Kosten erfolgen muß:

erkennt das Handelsgericht für Recht,

daß Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen und in die Kosten dieses Verfahrens zu verurtheilen sei.

---

2) Obergerichtliches Erkenntniß vom 7. December 1863.

(Auf Appellation des Klägers.)

In Betracht, daß, wie bereits vom Handelsgerichte hervorgehoben worden, in der vorliegenden Sache im Wesentlichen die nämlichen Grundsätze zur Anwendung kommen, welche das Handelsgericht in den Gründen zum Erkenntnisse vom 4. December 1862 in Sachen Suermondt & Wagner c. Mohr, bestätigt durch das Erkenntniß des Obergerichts vom 28. September 1863, entwickelt hat und daher hier auf jene Entscheidungsgründe, sowie auf dasjenige, was in den Gründen des angefochtenen Erkenntnisses hinzugefügt ist, Bezug genommen werden kann,

daß dem zufolge eine Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses erfolgen muß, erkennt das Obergericht hiedurch für Recht:

daß zwar die Formalien des wider das Erkenntniß des Handelsgerichts vom 1. Juni 1863 eingewandten Rechtsmittels der Appellation für beachtet anzunehmen, in der Sache selbst aber das angefochtene Erkenntniß unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten der Appellationsinstanz lediglich zu bestätigen sei.

---

3) Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 30. Januar 1865.

(Auf Apellation des Klägers.)

Daß die Förmlichkeiten der Appellation, nachdem die vom Kläger wegen Versäumung der Einführungsfrist erbetene Restitution ertheilt worden, für berichtigt anzunehmen, und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 7. December 1863 zwar insoweit, als die erhobene Klage wegen des unter Nr. 1 der Klagcitation aufgeführten Geschäftes abgewiesen worden, zu bestätigen, im Uebrigen aber wieder aufzuheben, und der Beklagte die wegen der beiden Geschäfte unter Nr. 2 und 3 der Klagcitation geforderten Hauptsummen, zusammen im Betrage von Crt. ℛ 1356. 20 Sgr. 6 Pfg., nebst Zinsen zu 5 % von ℛ 735. 24 Sgr. 6 Pfg. seit dem 24. Juli 1862, von ℛ 620. 26 Sgr. seit dem 29. August 1862, an den Kläger zu bezahlen verbunden sei. Die Kosten aller drei Instanzen werden compensirt, und wird die Sache nunmehr an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

A. (Der erste, die principale Klage aus den Commissionsgeschäften betreffende Abschnitt stimmt im Wesentlichen mit den Entscheidungsgründen in der vorigen Sache überein.)

B. Die dritte Beschwerde voriger Instanz (grav. 1, 2 und 5 jetziger Instanz) ist gegen die Verwerfung der eventuell angestellten actio doli gerichtet; und diese Beschwerde mußte wenigstens theilweise für begründet erachtet werden.

1) Daß eine actio doli, darauf gestützt, daß der Beklagte arglistiger Weise den Kläger zur Eingehung eines nichtigen Geschäftes veranlaßt und ihn dadurch in Schaden gebracht habe, ungeachtet der Schlußbestimmung des § 40 der Mäklerordnung zulässig sei, konnte keinem Zweifel unterliegen. Denn der § 40 erklärt nur das verbotswidrig von einem Mäkler abgeschlossene Handelsgeschäft für null und nichtig, und spricht beiden Contrahenten jedes darauf zu gründende Recht, also jede aus dem Contract herzuleitende Klage ab. Die actio doli aber hat ihren Rechtsgrund gar nicht in dem abgeschlossenen Contract, sondern in der den Abschluß begleitenden Thatsache arglistiger Verleitung zum Contrahiren und dem allgemeinen Grundsatz des Civilrechts, daß ein zum Nachtheil eines Andern verübter Betrug zur Entschädigung verpflichte, und setzt, ihrer subsidiären Natur wegen, in einem Falle der vorliegenden Art eben die völlige Nichtigkeit des abgeschlossenen Contractes voraus. Es kann daher

2) nur darauf ankommen, ob die Klage genügend substantiirt sei.

In der Klage selbst ist angeführt: der Beklagte habe den Auftrag zu den hier fraglichen drei Geschäften unter Verschweigung seiner Stellung als Mäkler ertheilt, welche Stellung dem Kläger unbekannt gewesen sei. In der Replik heißt es: die actio doli sei begründet, wenn der eine Contrahent, nicht aber der andere, die Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäftes gewußt habe oder hätte wissen müssen, und so liege der Fall hier. In zweiter Instanz hebt der Kläger weiter hervor: sollte eine Nichtigkeit der fraglichen Geschäfte nach § 40 der Mäklerordnung vorliegen, so unterliege es keinem Zweifel, daß dem Beklagten diese gesetzliche Vorschrift bekannt gewesen sei. In jetziger Instanz endlich wird bei Wiederholung dieser Sätze darauf hingewiesen, daß Kläger den unbestrittenen Nachtheil von ca. 2000 ℳ aus den fraglichen Geschäften erlitten habe, und neben Anführung eines aus dem späteren Benehmen des Beklagten hergeleiteten Indiciums für widerrechtliches Bewußtsein, be-

merkt, der Beklagte habe die Mäklerordnung und den § 40 derselben gekannt, während Kläger von der Existenz eines derartigen Verbots keine Ahnung gehabt habe.

Daß nicht schon in erster Instanz hervorgehoben worden ist, worin der Schaden des Klägers bestehe, kann nicht als ein Mangel angesehen werden, da sich dies aus dem Inhalt der principalen Klage von selbst ergiebt. Auch die übrigen, eben zusammengestellten Behauptungen des Klägers waren unbedenklich zu berücksichtigen, da nach der Bremischen Gerichtsordnung die Klage in der Replik verbessert werden darf, die in den höheren Instanzen nachgetragenen Angaben aber sich nur als nähere Erläuterung des in der Klage und Replik Behaupteten darstellen.

Ständen nun

a) bloß direct zwischen den beiden Parteien verhandelte und abgeschlossene Geschäfte in Frage, so würde die Klage als ausreichend thatsächlich begründet zu erachten sein.

Verhielt es sich so, daß der Beklagte die Nichtigkeit der fraglichen Geschäfte im voraus kannte, der Kläger aber nicht, so kommt daneben in Betracht, daß der Beklagte bei dem Kläger als einem entfernt wohnenden Ausländer weder die Kenntniß seiner Mäklerstellung, noch die Bekanntschaft mit der Bestimmung im Schlußsatz des § 40 der Bremischen Mäklerordnung von 1828 voraussetzen, sondern im Gegentheil, sofern nicht besondere Umstände eine andere Meinung rechtfertigten, nur annehmen konnte, daß Beides dem Kläger unbekannt sein werde. Wenn nun der Beklagte in dem Bewußtsein, daß die eingeleiteten Geschäfte für den Kläger wenigstens in Bremen, als dem wahrscheinlichsten künftigen Ort der gerichtlichen Geltendmachung, kein Klagrecht erzeugen würden, dennoch die fraglichen Aufträge ertheilte, ohne von seiner Mäkler-Eigenschaft und der nach Bremischem Recht damit verknüpften Folge etwas zu sagen, so läßt dies keine andere Erklärung zu, als daß er dabei eben auf die Unkenntniß des Klägers über die Wirkungslosigkeit des ertheilten Auftrags rechnete, daß er in seinem Interesse

die nichtigen Geschäfte trotz der für den irrenden Kläger daraus entstehenden Nachtheile abschließen wollte. In dem Verschweigen der ihm bewußten Nichtigkeit lag hiernach die Benutzung eines mit Grund vorauszusetzenden klägerischen Irrthums, somit eine zur Entschädigung verpflichtende Arglist.

Daß der Beklagte nicht voraussehen konnte, ob die Geschäfte für ihn einen günstigen oder ungünstigen Ausgang nehmen würden, daß er deshalb nicht direct beabsichtigt haben wird, den Kläger in Schaden zu bringen, ja daß er vielleicht selbst den Willen gehabt haben mag, dem Kläger bei ungünstigem Ausgange die Differenz freiwillig zu vergüten, — wie denn die Zahlung eines Betrages im J. 1862 replicando zugestanden worden ist — das alles kann nicht in Betracht kommen. Denn der Beklagte wußte, daß der Ausgang ganz ebenso gut ein ungünstiger wie ein günstiger werden, der Kläger also sehr leicht in die Lage kommen könne, für ihn in Vorschuß zu treten, und sich dann der gerichtlichen Hülfe zur Wiedererlangung des Vorschusses beraubt zu sehen. Eben darin lag die Arglist, daß der Beklagte den Kläger wissentlich in diese demselben unbekannte Gefahr versetzte; und es unterliegt keinem Zweifel, daß die actio doli gerade auch für solche Fälle eines dolus eventualis gegeben wird, sobald die dem Arglistigen bewußte Gefahr demnächst zum wirklichen Schaden des Betrogenen ausgeschlagen ist, wie z. B. wenn Jemand durch seine Empfehlung einen Andern veranlaßt, einen in mißlichen Vermögens-Umständen stehenden Schuldner anzunehmen.

l. 8. D. h. t. (4. 3.)

Ebenso wenig kann mit dem Handelsgericht in dem Umstand, daß der Kläger im jetzigen Proceß die Gültigkeit der fraglichen Geschäfte zu vertheidigen gesucht hat, ein Gegengrund gegen die eventuelle actio doli gefunden werden. Dem Kläger konnte es in seiner Lage nicht verdacht werden, wenn er jede rechtliche Deduction versuchte, welche nach seiner Meinung möglicher Weise zur Anerkennung seines Anspruchs führen konnte. Daraus folgt aber in keiner Weise,

daß der Beklagte sich auf einen gleichen Rechtsirrthum berufen dürfte, oder, worauf es hier allein ankommt, daß er nicht im vollen Bewußtsein von der gesetzlichen Ungültigkeit der streitigen Geschäfte gehandelt haben könnte.

Zweifelhaft erscheint nur die Frage, ob es gerade auf den factischen Irrthum des Klägers über die Mäkler-Stellung des Beklagten ankomme, oder ob die Klage auch dann für begründet zu erachten sei, wenn der Kläger diese Eigenschaft des Beklagten gewußt haben, und nur durch seine Unbekanntschaft mit der Schlußbestimmung des § 40 der Brem. Mäkler-Ordnung zur Eingehung des Contractes verleitet worden sein sollte. Die letztere Auffassung mußte indessen als die richtige anerkannt werden. Wußte der Kläger, daß der Beklagte Mäkler sei, so mußte er mit Rücksicht auf das in seinem Lande geltende Preußische Recht und die bedeutendsten Handelsgesetzgebungen überhaupt sich allerdings sagen, daß der Beklagte wahrscheinlich durch Ertheilung des Auftrags ein für ihn bestehendes Verbot verletze; aber daraus folgt weder, daß der Kläger seinerseits durch Annahme des Auftrags etwas Unerlaubtes gethan habe, noch daß er an die Möglichkeit hätte denken müssen, es könne das Geschäft in Bremen zugleich für ungültig erklärt sein, und deshalb die Pflicht gehabt hätte, sich nach dem näheren Inhalte des Bremischen Rechts zu erkundigen. Bei einer gesetzlichen Bestimmung von so ganz singulärer Natur, wie die hier fragliche ist, erscheint es vielmehr als eine natürliche Folge der unter Contrahenten wechselseitig zu beobachtenden bona fides, daß es dem unter der Herrschaft eines solchen Gesetzes Stehenden obliegt, seinen auswärtigen Contrahenten auf den Inhalt des Gesetzes aufmerksam zu machen, wenn dasselbe von erheblichem Einflusse auf dessen Rechte und Pflichten ist; ein Grundsatz, für welchen sich das O.-A.-Gericht schon mehrfach ausgesprochen hat. Wenn daher der Beklagte dieser Obliegenheit nicht nachkam, und darin den Umständen nach, wie oben ausgeführt, eine absichtliche Verschweigung gefunden werden muß, welche den Kläger im Irrthum über die Gültigkeit des Ge-

schäftes erhielt, so stellt sich schon damit die actio doli als begründet dar, mochte der Beklagte seine Eigenschaft als Mäkler bei dem Kläger als bekannt voraussetzen oder nicht.

b) Neben der vorstehenden Ausführung muß aber weiter der von beiden Theilen übereinstimmend angegebene Umstand in Betracht gezogen werden, daß das erste der drei, den Gegenstand der Klage bildenden Geschäfte durch Backhaus, den Agenten des Klägers in Bremen, vermittelt worden ist, und nur die beiden folgenden brieflich direct unter den Parteien zu Stande gekommen sind. Bei einem Bremischen Agenten muß ebensowohl die Kenntniß von dem Mäkler-Stand des Beklagten, welche der Kläger auch replicando in Abrede zu stellen nicht versucht hat, als die Bekanntschaft mit dem § 40 der Mäkler-Ordnung ohne Weiteres vorausgesetzt werden. Und hiedurch wird in Betreff des unter Nr. 1 der Klagcitation aufgeführten Geschäftes — des im October 1861 und Mai 1862 vollzogenen Auftrags zum Ankauf und Verkauf von 150 Wispel Roggen, mit einem incl. Courtage und Provision auf 588 ₰ 24 Sgr. 6 Pfg. berechneten Verlust — auch die eventuelle Klage unhaltbar, so daß insoweit das angefochtene Erkenntniß zu bestätigen war. Denn wenn ein Vertrag durch einen Stellvertreter abgeschlossen wird, und dieser von einem einflußreichen Umstande Kenntniß hat, so muß der Principal, da er nur die durch den Stellvertreter begründete Obligation erwirbt, die nachtheiligen Folgen jener Kenntniß ganz ebenso tragen, als wenn er den Umstand selbst gekannt hätte, wie das O.-A.-Gericht schon in mehreren Fällen erkannt hat.

Vgl. Hamburgische Samml. der Erkenntnisse des O.-A.-Gerichts, Bd. 3. S. 67.

Samml. der Entscheid. des O.-A.-Gerichts in Frankf. Rechtssachen, durch einen Verein von Juristen. Bd. 2. S. 362.

Daß aber Backhaus das Geschäft für den Kläger nicht etwa bloß vorbereitet, sondern als Mandatar wirklich abgeschlossen hat, muß nach der Art, wie der Kläger sich über die ausdrücklich dahin gehende Behauptung des Beklagten sowohl

replicando, als in seiner Appellationsschrift zweiter Instanz p. 3 erklärt hat, als zugestanden erachtet werden.

c) Dagegen lag in dem eben besprochenen Sachverhalt kein Grund, um auch in Betreff der beiden andern Geschäfte — zweier im Mai und Juli 1862 vollzogenen Aufträge zum Verkauf und Ankauf von je 100 Wispel Roggen, mit einem incl. Courtage und Provision auf zusammen 1356 Thlr. 20 Sgr. 6 Pfg. berechneten Verlust — die actio doli für beseitigt zu erachten. Denn wie selbstverständlich der Rechtssatz, daß die Wissenschaft des Mandatars, welcher einen Vertrag abgeschlossen hat, in ihren nachtheiligen Folgen den Mandanten trifft, nicht dahin verstanden werden kann, als sei der Mandant als ein wirklich Wissender anzusehen, so läßt sich ebenso wenig eine Vermuthung darüber aufstellen, daß der Agent Backhaus bei Gelegenheit des von ihm vermittelten ersten Geschäftes den Kläger von der Mäkler-Eigenschaft des Beklagten und von dem Inhalt des § 40 der Mäkler-Ordnung in Kenntniß gesetzt haben werde. Und daß eine derartige Mittheilung durch Backhaus wirklich erfolgt sei, ist vom Beklagten selbst nicht behauptet worden. Endlich würde unter diesen Umständen auch die Annahme eine ungerechtfertigte sein, daß der Beklagte nach der durch Backhaus eingeleiteten Geschäftsverbindung nicht mehr auf eine Unkenntniß des Klägers in der fraglichen Beziehung habe rechnen können, und deshalb sein Schweigen über die Richtigkeit des Geschäfts als ein auf Arglist beruhendes nicht vorauszusetzen sei.

3) Für die hiernach begründete Klage wegen der beiden unter Nr. 2 und 3 der Klagcitation bezeichneten Geschäfte bedurfte es auch nicht erst noch eines Beweisverfahrens. Der Beklagte hat in der Vernehmlassung auf die Klage eingeräumt, daß er es unterlassen habe, von seiner Mäkler-Eigenschaft den Kläger zu benachrichtigen, indem er nur bestreitet, daß diese Unterlassung eine schuldvolle gewesen sei. Schon hieraus darf man folgern, daß der Beklagte dem Kläger noch weit weniger eine Mittheilung über den Schluß-

satz des § 40 der M.=O. gemacht habe, da eine solche Mittheilung nur durch jene andere hätte veranlaßt werden können; und jedenfalls ist aus den beiderseitigen Verhandlungen das unzweifelhafte Einverständniß der Parteien zu entnehmen, daß eine Mittheilung dieser Art nicht erfolgt sei, so daß es dahin gestellt bleiben kann, wer, wenn ein Streit über die Thatsache vorläge, von der Beweislast betroffen werden würde. Dem Beklagten mußte nun aber die Mäkler-Ordnung, auf deren genaue Befolgung er (nach § 26 derselben) bei seiner Anstellung beeidigt worden ist, und somit auch der Inhalt des § 40 derselben vollständig bekannt sein, und bei dem klaren Wortlaut der Vorschrift am Schluß dieses Paragraphen kann der Behauptung des Beklagten, er habe selbst nicht einmal gewußt, daß die von ihm abgeschlossenen Geschäfte nichtig seien, keine Berücksichtigung geschenkt werden. War es ihm somit wohlbewußt, daß er den Kläger zu einem ungültigen Geschäft veranlasse, so ist nach dem Obigen auch die Absichtlichkeit der Verschweigung dieses Umstandes als constatirt zu erachten, und damit stellt sich der Klaggrund als liquid dar.

Nun hat der Beklagte freilich behauptet, seine Eigenschaft als Mäkler sei dem Kläger bekannt gewesen, und hat dafür mehrere Indicien hervorgehoben. Allein die etwaige Kenntniß des Klägers von der Mäkler=Stellung des Beklagten ist, wie oben ausgeführt wurde, für sich allein nicht geeignet, die Klage zu zerstören. Und die Behauptung, daß der Kläger zugleich Kenntniß von der im § 40 der M.=O. angeordneten Nichtigkeit der mit einem Bremischen Mäkler eingegangenen Handelsgeschäfte gehabt habe, ist vom Beklagten nirgends aufgestellt worden. Es lag somit auch für einen Einrede-Beweis kein Stoff vor.

4) Die Verurtheilung des Beklagten war nicht bloß auf die in Folge seiner Aufträge vom Kläger baar ausgelegten Summen, sondern auch auf den Betrag der für die beiden fraglichen Geschäfte berechneten Courtage und Provision zu richten. Denn dem Kläger gebührt voller Ersatz des Schadens,

welcher ihm durch die Verleitung zu einem rechtlich wirkungslosen Contracte zugezogen worden ist, also Vergütung alles dessen, was er in Anlaß des nichtigen Contractes vergeblich aufgewendet hat oder entbehren mußte. Als Aufwendung dieser Art muß aber namentlich auch die Bemühung betrachtet werden, welche zur Vollziehung der Aufträge des Beklagten erforderlich war; und da der Beklagte die klägerische Rechnung über das Ergebniß der Commissionsgeschäfte ausdrücklich als richtig zugegeben hat, so muß angenommen werden, daß er die angesetzten Provisionsbeträge als eine angemessene Schätzung der betreffenden Bemühungen des Klägers anerkannt habe. Aus gleichem Grunde mußten dem Kläger auch die berechneten Zinsen seines Guthabens als Vergütung für die entbehrte Benutzung der von ihm aufgewendeten Geldbeträge zugesprochen werden.

Lübeck. 8.

Landgerichtsprocurator **Görtz**, als Curat. bonor. des insolventen **F. W. Bergmann** in Genin, Kläger, gegen **G. F. Bergmann** zu Lübeck, Beklagten, wegen Annullirung der Veräußerung eines Hauses.

In der Erfüllung eines Schenkungsversprechens, sofern dieselbe im Zustande und mit dem Bewußtsein der Insolvenz vorgenommen wird, liegt eine alienatio in fraudem creditorum, weil der Schuldner (Schenker) seinen Gläubigern gegenüber verpflichtet ist, gegen den Beschenkten sich des beneficium competentiae zu bedienen, und außerdem die für seine Schulden nothwendige Deckung zurückzuhalten.

Nach deutschen und insbesondere nach lübischem Recht überwiegt in der väterlichen Gewalt der Charakter einer natürlichen Vormundschaft, und bildet dieselbe deshalb kein Hinderniß für die Eingehung von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kindern.

Der Rechtsfall ist aus den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses zweiter Instanz zu ersehen.

Niedergerichts-Erkenntniß vom 5. Juli 1862.

Erwägend

daß durch beklagtisches Geständniß feststeht, daß Beklagter das libellirte sub Nr. 265 am Markt und Kohlmarkt hieselbst belegene Haus von seinem Vater, dem Cridar, durch Schenkung erworben hat, und daß letzterer dem ersteren dies Haus am 10. December 1861 am Obern-Stadt-Buch eigenthümlich hat zuschreiben lassen, darauf aber am 8. Januar 1862 seine Insolvenz erklärt hat;

daß, da somit gerade 28 Tage oder gerade 4 Wochen zwischen dem Tage der Eigenthums-Uebertragung und demjenigen der Concurserklärung dazwischen liegen, die analoge Anwendung der Vorschriften der

Art. 1, tit. 4, Lib 3. Statutor.
Art. 1, tit. 6, Lib. 3. Statutor.

im vorliegenden Falle ausgeschlossen, also die libellirte Veräußerung keineswegs ohne Weiteres für nichtig zu achten ist, wie dies der Fall sein würde, wenn sie innerhalb des Zeitraums von vier Wochen fiele,

cf. Mevius ad art 1, tit. 6, Lib. 3. St. Nr. 30—32.

daß, indeß nach den hier maaßgebenden, durch den Gemeinen Bescheid vom 9. Febr. 1803 ausdrücklich bestätigten Grundsätzen der actio Pauliana

cf. Mevius l. cit.
Bruhn. Sammlung von Entscheidungsgründen des Ob.-App.-Gerichts in Lüb. Rechtsf., Band 2, pg. 26, 27 u. f.

ein dritter, wenn er aus einem lucrativen Erwerbsgrunde aus dem Vermögen des Schuldners Etwas erhalten hat, und zwar selbst, wenn er hiebei durchaus in bona fide versirte, mit der gedachten Klage ohne alle Zeitbeschränkung von den Gläubigern zur Rückerstattung des Empfangenen, soweit er dadurch bereichert ist, mit rechtlichem Erfolge angehalten werden kann.

Nec enim videtur injuria affici is, qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur.

cf. l. 6. § 11. D. quod in fraudem creditor. 42, 8.
Sintenis, Civilrecht 1861, Bd. 2. p. 736, Note 31.
Mühlenbruch, Pandecten, 3. Auflage, Bd. 1, § 174, sub 2.
Francke, über die Zulässigkeit der Actio Pauliana bei Zahlungen x., im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 16, Abth. 6, insbesondere p. 127,

daß sonach, hingesehen auf die Erfordernisse der Actio Pauliana, für das Vorhandensein des animus fraudandi sive consilium fraudandorum creditorum auf Seiten des Cridars, zwar nach Allem, was in actis vorliegt, ein starker Verdacht sich ergiebt, indeß dennoch die erforderliche,

vergl. Entsch. des Ob.-App.-Gerichts in Hamburgischen Rechtssachen, Bd. 2, pag. 711.

aus den darzulegenden näheren Umständen des Falls zu eruirende juristische Gewißheit zur Zeit noch nicht vorliegt;

daß dem klägerischen Curator die desfallsige Beweisführung obliegt;

daß es hiebei lediglich auf den Zeitpunkt der Verlassung und Umschrift des libellirten Hauses ankommen kann, indem dies der Zeitpunkt der angefochtenen Veräußerung und der dadurch bedingten Vermögens-Verminderung ist, wohingegen der näher oder ferner zurückliegende Rechtsgrund der Veräußerung hiebei überall nicht weiter in Betracht kommen kann;

daß ebenmäßig dem Kläger seine eventuelle vom Beklagten geläugnete Behauptung: es liege hier eine große Schenkung vor, zum Beweise zu verstellen ist, indem die fortdauernde Gültigkeit der bezüglichen in concreto nicht beobachteten Form-Vorschriften des römischen Rechts bei uns außer Zweifel ist;

vgl. Bruhn, Sammlung von Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts in lüb. Rechtssachen, Bd. 2, pag. 465.
Sintenis, Civilrecht § 23 (Bd. 1, pag. 206);

daß als eine große Schenkung eine solche zu achten ist, deren Geldwerth mehr als 500 solid. beträgt, den solidus hiesiger constanter Praxis gemäß gleich 8 ℔ Crt. gerechnet;

vgl. Entscheidungsgründe zum R.-G.-Erk. vom 19. Januar 1856 in Sachen Dose c. v. Duhn,

daß dagegen der klägerischen Behauptung der aus d
angeblichen Personen-Einheit zwischen Vater und Sohn en
springenden Ungültigkeit des Schenkungsversprechens ni
beizustimmen ist, indem dieser Satz des römischen Rechts d
Praxis und Theorie unseres heutigen Rechts fremd ist;

vgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht, Bd 2, S. 323,
Beseler, System des allgemeinen deutschen Privatrechtes, Bd.
S. 393,
Gerber, deutsches Privatrecht, S. 242,
Erkenntniß des Ob.-App.-Gerichts zu Cassel vom 26. Apr. 1
in Strippelmann's Sammlung, Bd. 7, pag. 738,

erkennt für Recht:

Klägerischer Curator hat bei Vermeidung gesetzlichen Na
theils, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, wie Re
zu erweisen:

entweder, daß der Cridar Friedrich Wilhelm Berg
mann bei der eigenthümlichen Verlassung und Um
schreibung des Hauses sub Nr. 265 am Markt un
Kohlmarkt hieselbst die Absicht, seine Gläubiger z
benachtheiligen, gehabt habe,

oder, daß und wie viel das libellirte Haus (abgesehen
von den darin bestätigten Pfandgeldern) zur Zeit, als
Cridar dasselbe dem Beklagten geschenkt hat, mehr werth
gewesen sei, als Viertausend Mark Courant.

Obergerichts-Erkenntniß
vom 19. Februar 1863.
(Auf beiderseitige Appellation.)

Daß die Formalien der eingelegten Rechtsmittel beider
eits für gewahrt zu erachten; daß aber, Materialien an-
langend, es bei dem Erkenntnisse des Niedergerichts vom
5. Juli 1862 nicht zu belassen, dasselbe vielmehr dahin zu
ändern sei, daß der klägerische Curator schuldig sei zu be-
weisen:

entweder, daß der Cridar Friedrich Wilhelm Bergmann
bei der eigenthümlichen Verlassung und Umschreibung

des Hauses sub Nr. 265 am Markt und Kohlmarkt an den Beklagten gewußt habe, daß er zahlungsunfähig sei;

oder, daß der Cridar Friedrich Wilhelm Bergmann das libellirte Haus dem Beklagten am 5. und resp. 10. December 1861, als den Tagen der Verlassung und Umschreibung, geschenkt habe, und daß und wie viel das libellirte Haus (nach Abzug der darin bestätigten Pfandgelder) zu dieser Zeit mehr werth gewesen sei, als viertausend Mark Courant;

worauf dem Beklagten, Gegenbeweis und beiden Theilen sonstige Rechtszuständnisse vorbehältlich, sowohl in der Hauptsache, wie der Kosten wegen weiter ergehen wird, was den Rechten gemäß.

Gründe.

Der Landgerichts-Procurator Görtz in Lübeck, als gerichtlich bestellter curator bonorum des insolventen Schullehrers Bergmann zu Genin, brachte vor dem Niedergerichte zu Lübeck am 1. Februar 1862 das Nachfolgende klagend vor:

Die Masse der vom Cridar contrahirten Schulden übersteige die Activa um mindestens die Hälfte, und diese materielle Insolvenz habe ein Jahr lang, mindestens ein halbes Jahr lang vor der am 8. Jan. 1862 erfolgten Insolvenzerklärung und Erkennung des Generalarrestes schon bestanden. Obwohl nun der Cridar diese seine Insolvenz kennen mußte und kannte, habe er doch sein am Markt und Kohlmarkt sub Nr. 265 belegenes und von seinem Sohne, dem Kaufmann Georg Friedrich Bergmann, Verklagten, seit längerer Zeit miethweise benutztes Wohnhaus diesem Letzteren am 10. December 1861, mithin 29 Tage vor Ausbruch des Concurses, eigenthümlich am Obern-Stadtbuche zuschreiben lassen, wie die sub B. anliegende Bescheinigung ergebe. Das Haus habe dem Vernehmen nach einen Werth von 16,000 ℳ, und sei kaum bis zur Hälfte mit Pfandgeldern beschwert. Offenbar liege eine alienatio in fraudem creditorum vor, und zwar um so sicherer, als ein entsprechendes Kaufgeld

nicht gezahlt sei, sondern der Cridar diesen werthvollen Bestandtheil seines Vermögens titulo lucrativo weggegeben habe. Die Vermuthung, daß der Sohn, Verklagter, conscius fraudis gewesen, als er sich das Eigenthum zuschreiben ließ, liege nahe, und reservire sich Kläger in dieser Beziehung nähere Angaben und die Führung bezüglicher Beweise. Die Bitte geht dahin:

> Ein preißl. Gericht wolle für Recht sprechen, daß die von dem Cridar F. W. Bergmann am 10. December 1861 vorgenommene Uebertragung des Eigenthums an seinem Hause qu. auf seinen Sohn, den Verklagten, wieder aufzuheben und zu annulliren, auch Verklagter schuldig sei, das Haus cum fructibus perceptis et percipiendis an den klägerischen Güterpfleger kostenfrei abzutreten idque refusis expensis.

In seiner Vernehmlassung vom 22. Februar 1862 hat der Beklagte zugestanden, daß er das Haus qu. von seinem Vater, dem Cridar, durch Schenkung erworben habe, und daß es ihm am 10. December 1861 am Stadtbuche zugeschrieben sei; dagegen geleugnet, daß die Schenkung des Hauses mit der Verlassung und Zuschreibung desselben zusammenfalle, auch daß er zur Zeit der letzteren mit den Vermögensverhältnissen seines Vates hinlänglich bekannt gewesen sei. Vielmehr stellt er die Lage der Sache in folgender Weise dar. Sein Vater habe das Haus qu. nebst dem daneben belegenen im Jahre 1859 gekauft, und ihm, dem Beklagten, zur Etablirung eines eigenen Geschäfts geschenkt und überwiesen, dann auch den Bedürfnissen des Beklagten entsprechend auf seine, des Schenkers, Kosten umbauen lassen. Der Umbau sei im Herbste 1860 vollendet, und das Haus seitdem von ihm, dem Beklagten, bewohnt, aber keineswegs miethweise. Die Umschrift des Hauses sei, zum Theil mit Rücksicht auf die Kosten, von keiner Seite betrieben, und daher erst im December 1861 erfolgt, nachdem Beklagter das Haus schon länger als zwei Jahre schenkweise besessen, und seit mehr als einem Jahre bereits bewohnt und benutzt hatte. Uebri-

gens habe das Haus zur Zeit der Schenkung nur einen Verkaufswerth von etwa 12,000 ℔ gehabt, und sei nach dem Umbau nur auf die Summe von 13,900 ℔ amtlich taxirt, vorher aber schon bis zum Betrage von 8,500 ℔ mit Hypotheken belastet gewesen.

Während Beklagter hieraus die Grundlosigkeit der erhobenen Klage deducirt, indem zur Zeit der Schenkung weder das objective, noch das subjective Fundament der actio Pauliana vorhanden gewesen, die Zuschreibung aber nur Erfüllung einer formellen Verbindlichkeit sei, macht dagegen Kläger replicando folgende drei Momente geltend:

a) die Schenkung sei ungültig, weil der Beschenkte zu der von ihm angegebenen Zeit noch in der Gewalt seines Vaters, des Schenkers, gestanden habe.

b) Sie sei ungültig, weil sie das Maaß von 500 solidi übersteige, und nicht gerichtlich insinuirt worden.

c) Kläger hätte gegen die Geltendmachung des Schenkungsversprechens das beneficium competentiae geltend machen sollen, kraft dessen er auch seine Schulden vorher hätte abziehen können. Dazu sei er seinen Gläubigern gegenüber verpflichtet gewesen.

Daß er es zur Zeit seiner bereits eingetretenen materiellen Insolvenz nicht gethan habe, involvire eben die Beeinträchtigung jener und den animus fraudandi.

Nach eingelegter Duplik, in welcher eine Widerlegung der replicatorischen Deductionen versucht wird, erkannte das Niedergericht unter dem 5. Juli 1862. (Siehe das oben angeführte Urtheil.)

Gegen dieses Erkenntniß haben beide Theile die Appellation intra decendium eingewendet und rechtzeitig verfolgt.

Beklagter hat sich darüber beschwert:

1) daß wie geschehen erkannt, und nicht vielmehr dem Kläger auferlegt ist zu beweisen:

a) daß das fragliche, vom Beklagten seit Michaelis 1860 bewohnte Haus, bis Anfang December 1861 von dem-

selben nur miethweise benutzt, und erst am 5. resp. 10. December ihm vom Cridar geschenkt worden sei;

b) daß der Cridar bei dieser am 5. resp. 10. December 1861 vollzogenen Schenkung die Absicht gehabt habe, seine Gläubiger zu benachtheiligen, oder daß und um wie viel diese Schenkung den Werth von 4000 ₰ überstiegen habe;

2) eventualiter darüber, daß wie geschehen erkannt, und nicht vielmehr die erste Beweis-Alternative, in Uebereinstimmung mit der zweiten, dahin gefaßt ist, daß der Cridar zur Zeit, als er das fragliche Haus dem Verklagten schenkte, die Absicht gehabt habe, seine Gläubiger zu benachtheiligen.

Dagegen hat der Kläger sich darüber beschwert:

1) daß überall noch auf Beweis erkannt und nicht vielmehr Beklagter sofort in Gemäßheit der Klagbitte zur Rückgabe des streitigen Hauses cum expensis verurtheilt ist;

2) eventualiter, daß judicium a quo die erste Beweis-Alternative auf die Absicht des Cridars, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gerichtet, und nicht vielmehr den Beweis der Thatsache, daß der Cridar zur Zeit der Verlassung und der Um- und Zuschrift des Hauses auf den Verklagten überschuldet gewesen, für genügend erklärt hat;

3) eventualiter, daß in der zweiten Beweis-Alternative nicht, entsprechend der Fassung der ersten Alternative, statt

„zur Zeit, als der Cridar dasselbe dem Beklagten geschenkt hat,"

gesagt ist:

„zur Zeit, als der Cridar dasselbe dem Beklagten eigenthümlich übertragen hat."

Die Formalien bieten zu keiner Erinnerung Anlaß, und steht daher zur Frage, ob die erhobenen Beschwerden begründet zu erachten?

Bei Prüfung dieser Frage erscheint es zweckmäßig zu beginnen mit

I. den Beschwerden des Klägers.

1) Seine erste Beschwerde, dahin gehend, daß überhaupt noch auf Beweis erkannt und nicht vielmehr der Beklagte

sofort gemäß der Klagbitte zur Rückgabe des streitigen Hauses verurtheilt sei, will Kläger damit rechtfertigen, daß aus den Acten hervorgehe,

a) daß zur Zeit der Schenkung des Hauses zwischen dem Cridar und seinem Sohne, dem Beklagten, die aus der väterlichen Gewalt folgende Personen-Einheit bestand;

b) daß zu derselben Zeit das Haus eingestandenermaaßen auf 13,900 ℔ geschätzt sei, und folglich, selbst nach Abzug der Pfandgelder im Betrage von 8,500 ℔, das Maaß einer erlaubten Schenkung überschritten habe.

Es ist indessen

ad a) zu bemerken, daß von Seiten des Beklagten keineswegs zugegeben ist, daß er sich noch in väterlicher Gewalt befunden habe, als ihm, nach seiner Erzählung, das Haus von seinem Vater zur Etablirung eines Ladens geschenkt wurde. Vielmehr läßt die Darstellung des Beklagten durchaus die zwiefache Möglichkeit offen, daß derselbe schon früher aus der väterlichen Gewalt herausgetreten sei, oder daß die Entlassung gerade in dem fraglichen Acte gelegen habe, und die Schenkung als das subsidium paternum zur Begründung der separata oeconomia betrachtet werden müsse.

Von sofortiger Entscheidung zu Gunsten des Klägers konnte daher keine Rede sein. Es steht aber auch nicht mehr zur Frage, ob dem Kläger hätte der Beweis auferlegt werden sollen, daß, wie er behauptet hat, die väterliche Gewalt bestand, als die Schenkung geschah. Denn da keine Parthei sich darüber beschwert hat, daß diese Beweisauflage unterblieben ist: so würde es dabei selbst dann sein Bewenden behalten müssen, wenn man dem judicum a quo nicht darin beistimmen dürfte, daß die im Römischen Rechte als Ausfluß der väterlichen Gewalt anerkannte sogenannte Personen-Einheit im heutigen Rechte mit ihren äußersten Consequenzen keine Gültigkeit habe.

Es ist ferner

ad b) zu erinnern, daß zwar der Beklagte wohl angegeben hat, wie hoch das Haus qu. amtlich taxirt sei; daß aber

diese Taxation, welche lediglich den baulichen Werth desselben zur Bemessung der Brandassecuranz darstellen soll, kein entscheidendes Gewicht hat, wo es sich, wie bei der gegenwärtigen Frage, um den wirklichen Verkaufswerth handelt. Dieser Werth steht somit keineswegs fest, weshalb eine Beweisauflage nothwendig war.

Aber auch in sofern ist die Beschwerde unbegründet, als, wenn auch feststünde, daß das Maaß der erlaubten Schenkungen wirklich überschritten sei, hieraus nicht folgen würde, daß Beklagter zur Rückgabe des Hauses qu. hätte verurtheilt werden müssen. Vielmehr würde die Bestimmung anzuwenden sein: hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam vero quantitatem, quae intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare,

L. 34, pr. C. d. donat. 8. 54.

und das Verhältniß würde nach Maaßgabe der L. 34, § 2, C. h. t., zu regeln sein.

Die erste Beschwerde des Klägers ist daher als unbegründet zu verwerfen.

2) Eventuell hat Kläger sich darüber beschwert, daß die erste Beweis-Alternative auf die Absicht des Cridars: seine Gläubiger zu benachtheiligen, gerichtet sei. Er verlangt statt dessen, daß der Beweis lediglich auf die Thatsache der Ueberschuldung zur Zeit der Verlassung und Um- und Zuschrift des Hauses gestellt werde.

In sofern hier ein bestimmter Zeitpunkt und Rechtsact als der entscheidende bezeichnet wird, muß die Prüfung dieser Beschwerde bis zu einer später folgenden Untersuchung ausgesetzt bleiben.

Wenn nun aber zur Begründung der vom Kläger erhobenen actio Pauliana unzweifelhaft der animus fraudandi des Cridars gehört, so kann es nicht genügen, die bloße Thatsache der Ueberschuldung zur Zeit der angefochtenen Veräußerung nachzuweisen; denn diese ist, wie Beklagter richtig bemerkt, zwar ein Indicium, aber keineswegs ein Beweis des

dolus. Andererseits aber ist es nicht angemessen, wenn das Beweisthema unmittelbar auf das Factum der Absicht gefaßt wird, da diese nur als eine Folgerung aus andern Thatsachen vom Kläger behauptet ist, und der Regel nach auch nur auf diesem Wege wird bewiesen werden können. Richtiger ist es vielmehr, den Beweis zu stellen auf die wirklich behaupteten Thatsachen, sofern der daraus gezogene Schluß anerkannt werden kann. Im vorliegenden Falle ist nun in der Klagschrift (p. 2) die Behauptung aufgestellt, daß der Cridar „seine Insolvenz kannte," als er seinem Sohne das Haus zuschreiben ließ, ohne ein Aequivalent dafür zu erhalten. Ist diese Thatsache wahr, so muß nach den Quellen gesagt werden: intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse."

L. 17. § 1 D. quae in fraudem cred. 42. 8.

und daher wird dem Kläger der Beweis genau seiner Behauptung entsprechend aufzuerlegen sein.

Zwar würde die Actio Pauliana auch dann begründet sein, wenn die Insolvenz erst durch die in Rede stehende Veräußerung selber bewirkt worden wäre. Allein da dieses vom Kläger nicht behauptet, vielmehr die Insolvenz als eine längst vorher bestandene dargestellt worden ist, mithin nur hierüber eine Verhandlung stattgefunden hat: so konnte bei der Beweisauflage jene andere Möglichkeit nicht berücksichtigt werden.

3) In seiner dritten eventuellen Beschwerde will Kläger es als unzuläßig darthun, daß in der zweiten Beweis-Alternative, abweichend von der ersten, die Zeit, in welcher der Cridar dem Beklagten das Haus geschenkt hat, als die entscheidende bezeichnet ist. Er verlangt, daß auch hier nur auf den Moment der Zuschreibung Bezug genommen werde.

Die Frage nun, auf welchen Moment es für die rechtliche Beurtheilung ankommt, wird, wie schon vorhin bemerkt wurde, geeigneter in einem andern Zusammenhange erwogen, und bleibt daher die Prüfung dieser Beschwerde bis dahin ausgesetzt.

II. Die Beschwerden des Beklagten.

Die erste Beschwerde ruht auf der Anschauung, welche Beklagter im Schriftenwechsel geltend zu machen suchte, daß die angefochtene Schenkung gar nicht in dem Acte der am 10. December 1861 stattgefundenen Um- und Zuschreibung liege, sondern in der schon 1859 stattgefundenen Ueberweisung des Hauses an ihn seitens seines Vaters und in dem dann auf Kosten seines Vaters ausgeführten Umbau. Beklagter will daher, daß Kläger vor Allem beweisen müsse, daß die Schenkung wirklich am 10. December 1861 bei der Umschreibung stattgefunden. Erst wenn dies erwiesen sei, könne es in Betracht kommen, ob zu dieser Zeit die Absicht des Cridars bestanden habe, seine Gläubiger zu beeinträchtigen, oder ob der Werth des Hauses zu dieser Zeit das Maaß erlaubter Schenkungen überstiegen habe. Dem entsprechend verlangt Beklagter das Beweisthema gefaßt zu sehen und, daß es anders gefaßt worden, bietet ihm Anlaß zur Beschwerde.

Es ist vor Allem dem Beklagten darin Recht zu geben, daß Kläger nicht befugt ist, das qualificirte Geständniß des Ersteren anders zu deuten, als es gemeint ist. Wenn Beklagter angiebt, daß ihm das Haus qu. von seinem Vater im Jahre 1859 geschenkt sei, so lassen sich die hierin liegenden zwei Momente des Factums und seiner Zeit nicht in der Weise trennen, daß man die Thatsache der Schenkung als absolut zugestanden annehmen, und sie nun nach Willkühr in einen beliebigen andern Zeitpunkt verlegen könnte: denn in der That ist ein zu anderer Zeit geschehenes Factum auch in concreto ein anderes. Im gegenwärtigen Falle nun aber handelt es sich zwischen den Partheien gar nicht einmal bloß um Abweichungen hinsichtlich der Zeit, sondern um Rechtsgeschäfte ganz verschiedener Art, welche möglicherweise beide das innere Element der Schenkung in sich tragen können.

Es ist nun zu untersuchen, in wiefern diese Abweichungen von Relevanz und daher zu berücksichtigen sind. Hiebei aber muß davon ausgegangen werden, daß es sich um zwei verschiedene Anfechtungsgründe handelt, von denen zwar nur

der eine in der Klage, der andere ausdrücklich erst in der Replik geltend gemacht worden ist, welche wir indeß beide der Kürze wegen mit dem Namen der entsprechenden Klagen bezeichnen wollen.

a) Was nun zuerst die actio Pauliana betrifft, so würde sich, wenn von den Angaben des Beklagten ausgegangen wird, die Sache folgendermaaßen stellen.

Wenn der Cridar im Jahre 1859 dem Beklagten das Haus qu. „geschenkt und überwiesen" hat, so ist dadurch bis zu geschehener Umschreibung das Eigenthum noch nicht übertragen. Der Vorgang konnte vielmehr nur ein Forderungsrecht auf förmliche Uebereignung begründen. Ward aber ein Forderungsrecht begründet, so konnte Beklagter als Creditor seines Vaters auf Vollziehung der Umschreibung rechtlich dringen, und diese selbst war nicht mehr Schenkung, sondern Erfüllung einer Verbindlichkeit.

Da nun aber die Prästation von Leistungen, zu denen man rechtlich gezwungen werden könnte, selbst bei materieller Insolvenz bis zur formellen Eröffnung des Concurses erlaubt und unanfechtbar ist;

L. 6 § 6. 7. D. quae in fraudem 42. 8.

so scheint sich hieraus zu ergeben, daß, die Richtigkeit der beklagtischen Darstellung vorausgesetzt, die actio Pauliana unbegründet sein würde.

Allein bei näherer Betrachtung stellt sich die Sache anders. Denn bekannten Rechten gemäß kann der Beschenkte nicht zu vollständiger Erfüllung eines Schenkungsversprechens gezwungen werden, sofern er materiell insolvent ist, oder dadurch werden und selber in Noth gerathen würde: er hat nicht nur das beneficium competentiae, sondern darf außerdem die für seine Schulden nothwendige Deckung zurückbehalten.

L. 19. § 1. L. 49. L. 50. D. d. re judicata 42. 1.
L. 54. D. soluto matrimonio 24. 3.

Wenn nun ein überschuldeter Schenker das Schenkungsversprechen vollständig erfüllt, ohne jene ihm rechtlich zuste-

hende Einrede geltend zu machen, so ist dieser Fall nicht unter den oben angedeuteten Gesichtspunkt rechtlicher Nothwendigkeit zu stellen, sondern es liegt hier eine Minderung des Vermögens in Folge unterlassener rechtlicher Vertheidigung vor, welche, wenn sie fraudationis causa geschehen ist, durch die actio Pauliana angefochten werden kann.

L. 3. § 1. 2. L. 4. L. 5. D. quae in fraudem 42. 8.

Es ergiebt sich hieraus, daß die Darstellung des Beklagten schließlich von keiner Relevanz ist; denn wäre auch das Schenkungsversprechen selbst nicht anfechtbar, so würde es doch die Erfüllung sein. Macht es nun aber keinen rechtlichen Unterschied in den Folgen, ob, wie Kläger behauptet, die Schenkung nur in der Um- und Zuschreibung gelegen, oder ob, wie Beklagter angiebt, das Schenkungsversprechen vorausgegangen war: so darf dem Kläger ein Beweis jener seiner speciellen Behauptung nicht noch auferlegt werden.

Vielmehr ist der Beweis allein darauf zu richten, daß der Cridar zur Zeit der Um- und Zuschreibung den animus fraudandi (in Gemäßheit der oben festgestellten Fassung) gehabt habe; und hiedurch erledigt sich nicht nur theilweise die erste, sondern, was hier im Voraus bemerkt werden mag, auch die zweite Beschwerde des Beklagten.

Es ist überdies noch zu erwähnen, daß nicht die Rede davon sein kann, dem Kläger auch den Beweis aufzubürden, daß Beklagter conscius fraudis gewesen sei. Denn einestheils hat Beklagter zugegeben, daß sein Erwerb ein lucrativer gewesen, weshalb auf sein Wissen oder Nichtwissen Nichts ankommt;

L. 6. § 11. D. quae in fraudem 42. 8.

anderntheils hat Beklagter sich auch darüber nicht beschwert, daß dem Kläger dieser Beweis nicht auferlegt worden.

b) Zur Begründung der eventuell geltend gemachten condictio genügt der Nachweis, daß die Schenkung das erlaubte Maaß überstiegen habe: dagegen ist bekanntlich der Nachweis eines animus fraudandi hier gänzlich überflüssig. Es macht nun aber einen thatsächlichen Unterschied, ob die Zeit der

von dem Beklagten behaupteten Zusage und Tradition, oder der Moment der Um- und Zuschrift der Schätzung zu Grunde gelegt wird.

Es ist daher festzustellen, ob in jenem, oder in diesem Acte die Schenkung gelegen war: denn im ersteren Falle würden die Kosten des Umbau's, weil ihre Bestreitung ein für sich stehender, späterer Act ist, nicht zum Verkaufswerthe des geschenkten Hauses hinzugerechnet werden dürfen; im zweiten Falle dagegen würden die aufgewendeten Kosten schon im Objecte gesteckt haben, als es geschenkt wurde und daher möglicherweise seinen Werth erheblich steigern.

An und für sich könnte nun die Schenkung sowohl in dem einen wie in dem andern Acte liegen. Wäre, wie Beklagter behauptet, eine Zusage, und Besitzübertragung der Umschreibung vorausgegangen und letztere in Folge ersterer geschehen, folglich Erfüllung einer Verbindlichkeit gewesen, so läge die Schenkung in jener Zusage, und diese hätte zur vollen Gültigkeit insinuirt werden müssen, wenn damals der wahre Werth des Eigenthums am Hause die Summe von 4000 ℔ Court. überstiegen hätte; dagegen wäre eine Insinuation der Erfüllung nicht nothwendig gewesen.

Wenn umgekehrt eine acceptirte Zusage nicht vorausgegangen wäre, so würde die Schenkung in der datio selber, d. h. in der förmlichen Uebertragung des Eigenthums liegen, und es würde, wenn zur Zeit dieses Acts der reine Werth das erlaubte Maaß überstieg, die Um- und Zuschreibung nicht genügt haben, sondern es hätte die gerichtliche Insinuation der causa dominii transferendi hinzukommen müssen, damit jene unanfechtbar wäre.

Es ist daher jedenfalls unzulässig, das Beweisthema so zu fassen, wie es vom judicium a quo in der zweiten Alternative geschehen. Denn bevor es zu einem Nachweise über den Werth der Schenkung kommen kann, muß vorerst fest stehen, in welchem Acte dieselbe bestand. Hiebei aber ist selbstverständlich zunächst die Behauptung des Klägers für die Beweisauflage leitend. Da nun diese dahin geht, daß

in der Umschreibung selber die Schenkung gelegen, bis dahin nur ein Miethverhältniß bestanden habe: so wird ihm auch diese, vom Beklagten bestrittene Thatsache zum Beweise verstellt, und erst hieran der Beweis über den damaligen Werth des Hauses — selbstverständlich nach Abzug der darauf ruhenden Pfandlasten — gereiht werden müssen.

In sofern ist also die erste Beschwerde des Beklagten begründet und es könnte nur noch die Frage entstehen, ob es angemessen sei, in den dem Kläger aufzuerlegenden Beweis auch die Thatsache des Bestehens des Miethverhältnisses bis zur Umschreibung, wie es Beklagter verlangt, aufzunehmen. Wenn nun auch der Kläger in seiner Geschichtserzählung dieses Factum erwähnt, und allerdings aus ihm die Thatsache, daß die Schenkung erst zur Zeit der Umschreibung, und nicht früher stattfand, zum Theil mit deducirt werden könnte, so darf sie doch deshalb im Beweisthema nicht erwähnt werden, weil sie an und für sich irrelevant ist, einen sichern Schluß auf das zu beweisende Factum keineswegs begründet, und es daher dem Probanten lediglich überlassen bleiben muß, auf welchem Wege er die zu beweisende Thatsache zur Gewißheit bringen will.

Durch vorstehende Ausführung nun erledigt sich zugleich die dritte eventuelle Beschwerde des Klägers, deren Prüfung oben ausgesetzt werden mußte. Dieselbe ist nämlich insofern begründet, als sie gegen die zu allgemeine Fassung der zweiten Beweis-Alternative auf die Zeit der „Schenkung" gerichtet ist.

Dagegen kann

2) die zweite Beschwerde des Beklagten für begründet nicht erachtet werden, indem derselbe hier eventuell verlangt, daß der ersten Beweis-Alternative diejenige unbestimmte Fassung gegeben werden solle, welche vorhin an der zweiten getadelt werden mußte, und bedarf es hierüber keiner weiteren Ausführung.

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 30. Januar 1865.

Daß zwar die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Lübeck vom 19. Februar 1863, wie hiemit geschieht, unter Vergleichung der Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei.

Entscheidungsgründe.

I. Der Kläger hat als gravamen unicum in gegenwärtiger Instanz die Beschwerde aufgestellt, daß nicht Beklagter sofort zur Rückgabe des streitigen Hauses cum expensis verurtheilt worden. Er gründet dieselbe

A. darauf, daß, wenn — wie Beklagter dies behaupte — die Schenkung schon im Jahre 1859 Statt gefunden, dieselbe, im Hinblicke auf die damals noch vorhanden gewesene Personen-Einheit zwischen dem schenkenden Vater und dem beschenkten Sohne, für nichtig erklärt werden müsse. Allein diese versuchte Begründung des Antrags auf sofortige Verurtheilung des Beklagten muß schon aus formellen Gründen unberücksichtigt bleiben. Die Klage ist überall nicht auf das Vorliegen einer wegen Personen-Einheit ungültigen Schenkung, sondern lediglich, als actio Pauliana, darauf gegründet, daß in der am 5./10. December 1861 erfolgten schenkweisen Uebertragung des Hauses abseiten des Cridars auf den Beklagten eine alienatio in fraudem creditorum liege. Hiergegen excipirte Beklagter unter andern, daß die Schenkung des Hauses nicht erst durch die Verlassung und Umschreibung vom December 1861, sondern schon im Herbste 1859, zu einer Zeit, wo der Cridar noch vollkommen solvent gewesen, erfolgt sei; und nunmehr erst berief sich Kläger in der Replik darauf, daß, „angenommen, aber nicht zugestanden, es sei die vom Beklagten gelieferte Erzählung von der Erwerbung des Hauses der Wahrheit conform", dem angeblichen Schenkungsvertrage das „Bedenken" entgegenstehen

würde, daß zur fraglichen Zeit, wegen damals noch vorhandener Personen-Einheit, eine Schenkung rechtlich nicht möglich gewesen sei. Es ist klar, daß es hierbei überall nicht die Absicht war (was ja auch processualisch unstatthaft gewesen sein würde), ein neues Klagfundament aufzustellen, sondern daß es sich nur darum handelte, den Einwand des Beklagten, wonach die Verlassung und Umschreibung des Hauses im December 1861 nur der Schlußact der Erfüllung eines bereits im Herbste 1859 geschlossenen Schenkungsvertrages gewesen sein soll, durch die replikarische Behauptung, daß zu dieser letzteren Zeit ein gültiger Schenkungsvertrag zwischen den beiden contrahirenden Personen nicht habe abgeschlossen werden können, zu entkräften. Nur also, wenn jener frühere Zeitpunkt von den vorigen Richtern für die actio Pauliana als maaßgebend zu Grunde gelegt wäre, könnte der Kläger sich beschweren, daß die fragliche replikarische Behauptung unberücksichtigt geblieben sei, nicht aber jetzt, wo die Zeit der eigenthümlichen Verlassung und Umschreibung als die allein entscheidende behandelt ist.

B. Der zweite Grund, weshalb Kläger eine sofortige Verurtheilung des Beklagten in Gemäßheit der Klagbitte beanspruchen zu können glaubt, ist das von ihm behauptete Vorliegen einer nicht insinuirten großen Schenkung.

In der Klage war zwar angegeben, daß das geschenkte Haus dem Vernehmen nach einen Werth von über 16,000 ℳ habe, jedoch nur um den animus fraudandorum creditorum glaubhaft zu machen, in keiner Weise um daraus das Erforderniß einer gerichtlichen Insinuation herzuleiten, und wegen des Mangels einer solchen die Schenkung ganz oder theilweise anzufechten. Erst in der Replik wurde dies Moment mit dem Bemerken hervorgehoben, daß Kläger sich mit einer Rescission der Schenkung bis auf 4000 ℳ keineswegs zufrieden geben könne, vielmehr nach wie vor wegen vorliegender alienatio' in fraudem creditorum die ganze Schenkung anfechte. Hiernach läßt sich bezweifeln, ob überhaupt die Klage auf den Mangel gerichtlicher Insinuation einer vorlie-

genden großen Schenkung gegründet werden sollte, resp. ob, wenn dies die Absicht war, darin nicht eine unstatthafte Klagänderung gefunden werden mußte. Die beiden vorigen Gerichte haben indeß den Kläger mit seiner Berufung auf den Mangel gerichtlicher Insinuation der Schenkung als einem selbstständigen, zur theilweisen Rescission der Schenkung führenden Grunde zugelassen. Vom Obergerichte insbesondere ist darin geradezu eine zweite eventuelle Klage gefunden, mittelst deren die vom Kläger behauptete Schenkung des Jahres 1861 angefochten sei und angefochten werden könne, und deshalb diese Schenkung und der Werth des Immobile zur Zeit derselben dem Kläger zum Beweis verstellt worden. Dabei hat sich Beklagter, der auch in voriger Instanz nur gegen Formulirung des Beweissatzes gravaminirte, jetzt ganz beruhigt, ja sogar das obergerichtliche Beweisthema für „völlig correct" erklärt:

O.-A.-Ger.-Acten [1] pag. 3.

Es kann also keinem Anstande unterliegen, hier, mit Beiseitesetzung des obigen formellen Bedenkens, auf die materielle Beurtheilung der klägerischen Beschwerde einzugehen.

Dieselbe bezieht sich auf zwei Punkte. Dem Kläger ist es, ausweislich der Rechtfertigung,

O.-A.-Ger.-Acten [6] pag. 9. 10,

1) hauptsächlich um Beseitigung der Annahme der vorigen Richter zu thun, daß, auch wenn eine große Schenkung vorliegen sollte, der Mangel gerichtlicher Insinuation derselben doch nicht zur Rescission des ganzen Schenkungsvertrags führen, sondern das Verhältniß nach Maaßgabe der L. 34. pr. 62. C. de donat. (8, 54) zu regeln sein würde. Nach der Meinung des Klägers wäre vielmehr solchenfalls der Beklagte zur Rückgabe des geschenkten Immobile verbunden, und ihm zu überlassen, den Geldwerth der erlaubten Schenkung (500 solidi oder 4000 ℔) im Concurse des Schenkers, insoweit er damit nicht bereits präcludirt sein sollte, zu liquidiren. Es genügt indeß zur Widerlegung dieser Meinung eine wiederholte Verweisung auf den klaren Inhalt der L. 34, § 2 cit. — Kläger ist ferner

2) der Ansicht, es bedürfe eines Beweises der auf das Vorliegen einer nicht insinuirten großen Schenkung gegründeten Klage nicht mehr, weil Beklagter in der Vernehmlassung bereits eingeräumt habe, ein Haus zum Werthe von 13,900 ℔, welches nur mit 8500 ℔ Hypotheken beschwert sei, als Geschenk erhalten zu haben. Allein wäre dies auch richtig, so würde Kläger doch jedenfalls wegen des Betrags, bis zu welchem die Schenkung für ungültig zu erklären, von dem Beweise, wie viel das geschenkte Haus mehr werth gewesen sei als 4000 ℔ Cour., nicht befreiet werden können. Denn er selbst ist bei der Behauptung eines Werths des Hauses von mehr als 16,000 ℔ stehen geblieben, und daraus würden sich natürlich für die nach L. 34, §. 2 cit. C. zu bewirkende Auseinandersetzung ganz andere Resultate ergeben, als bei Zugrundelegung jenes vermeintlichen Zugeständnisses des Beklagten. Es muß aber auch den vorigen Richtern darin beigetreten werden, daß durch die auf 13,900 ℔ erfolgte amtliche Taxation, welche — wie Kläger selbst schon in der Replik andeutet, und durch die weiteren Verhandlungen sich vollends klar herausstellt — nur zum Zwecke der Brandassecuration Statt gefunden hat, der wirkliche Verkaufswerth, auf welchen es bei der Frage nach dem Vorliegen einer großen Schenkung allein ankommt, nicht festgestellt ist.

3) Das Niedergericht hatte dem Kläger hinsichtlich des in das Vorliegen einer nicht insinuirten großen Schenkung gesetzten Klaggrundes den Beweis auferlegt:

> daß und wieviel das libellirte Haus .... zur Zeit, als der Cridar dasselbe dem Beklagten geschenkt hat, mehr werth gewesen sei als 4000 ℔.

Der Kläger beschwerte sich in zweiter Instanz,

a) daß überall noch auf Beweis erkannt worden;

b) eventuell über die Fassung des Beweises; daß er nämlich unbestimmt auf die Zeit, wo der Cridar dem Beklagten das Haus geschenkt habe, und nicht vielmehr — wie für die erste Beweis-Alternative — auf die Zeit gerichtet sei, wo

der Cridar dem Beklagten das Haus eigenthümlich übertragen habe.

Nachdem nun das Obergericht die erste und Principal-Beschwerde des Klägers als unbegründet verworfen, dagegen nicht allein auf Grund der ersten Beschwerde des Beklagten, sondern auch in Mitberücksichtigung jener eventuellen Beschwerde des Klägers, den niedergerichtlichen Beweissatz dahin abgeändert hat:

> daß der Cridar das Haus dem Beklagten am 5. und resp. 10. December 1861.... geschenkt habe, und daß und wieviel dasselbe zu dieser Zeit mehr werth gewesen sei als 4000 ℳ;

Kläger aber nunmehr nur seine Principal-Beschwerde wiederholt, und eine eventuelle, die Beweisfassung betreffende Beschwerde nicht wieder aufgestellt hat, kann nicht anders angenommen werden, als daß er — insofern es überhaupt noch eines Beweises zu dem hier in Frage stehenden Klaggrunde bedürfen sollte — gegen den vom Obergerichte aufgestellten Beweissatz Nichts einzuwenden habe. Das O.-A.-Gericht ist also nicht in der Lage, die Richtigkeit dieses letzteren, und insbesondere die Frage in Betracht zu ziehen, ob vom Kläger neben dem Beweise des Werthes, den das Haus zur Zeit der gerichtlichen Verlassung und Umschreibung gehabt, auch noch der Beweis zu fordern war, daß die Schenkung des Hauses erst um diese Zeit erfolgt sei.

C. Während Kläger in den Appellationsschriften voriger und gegenwärtiger Instanz speciell nur die eben unter A. und B. beurtheilten Gründe für die beantragte sofortige Verurtheilung des Beklagten geltend gemacht hat, die auch vom Obergerichte in dieser Richtung allein in Betracht gezogen sind, sucht er in seiner Erklärung auf die beklagtische Appellation darzulegen, daß der animus fraudandorum creditorum aus den Umständen des vorliegenden Falles sich so klar ergebe, daß es des in der ersten obergerichtlichen Beweis-Alternative darüber auferlegten Beweises gar nicht mehr beduft habe, und höchstens der Kläger noch zu dem Beweise zu verpflich-

ten gewesen sei, daß der Gemeinschuldner entweder zur Zeit der Schenkung bereits zahlungsunfähig war oder es durch dieselbe wurde.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob dieses Vorbringen nicht schon aus formellen Gründen unberücksichtigt bleiben muß. Jedenfalls stellt es sich materiell als verwerflich dar.

Nach der constanten Rechtsprechung des O.-A.-Gerichts kann durch die bereits vorliegenden Indicien für dasjenige Moment, welches den eigentlichen Gegenstand des Beweises bildet, ein förmliches Beweisverfahren nicht erübrigt werden, und muß es der betreffenden Partei vielmehr überlassen bleiben, dieser Indicien zum Zwecke des von ihr zu führenden Beweises sich zu bedienen. Die Ansicht des Klägers aber, als gehöre im Falle einer Schenkung das Bewußtsein des Cridars von seiner Zahlungsunfähigkeit gar nicht zu den Requisiten der actio Pauliana, sondern genüge dessen Insolvenz zur Zeit der Schenkung, bedarf keiner besonderen Widerlegung.

II. Das gravamen unicum des Beklagten bezieht sich nur auf die actio Pauliana und hat einen zwiefachen Gegenstand. — Beklagter verlangt,

A. daß vom Kläger, außer dem ihm auferlegten Beweise eines zur Zeit der Verlassung resp. Umschrift vorhanden gewesenen animus fraudandi creditores (auf dessen Formulirung der zweite Theil der Beschwerde sich bezieht), auch noch der Beweis gefordert werde:

> daß der Cridar das fragliche Haus am 5. resp. 10. Decbr. 1861 (d. i. eben zur Zeit der Verlassung und Zuschrift) dem Beklagten geschenkt habe.

Die Klage sei nämlich darauf gegründet, daß der Vater des Beklagten durch die im Bewußtsein seiner Insolvenz an den genannten Tagen bewirkte Verlassung und Zuschrift des Hauses an den Beklagten titulo lucrativo eine alienatio in fraudem creditorum vorgenommen habe. Vom Beklagten aber sei eine erst im Zustande der Insolvenz vorgenommene Schenkung geleugnet, und vielmehr der Sachverhalt dahin angege-

ben worden, daß die Schenkung bereits im Jahre 1859 — für welche Zeit Kläger selbst die Insolvenz des Schenkers nicht behaupte — Statt gefunden habe, und die gerichtliche Verlassung und Zuschrift nur in Erfüllung der durch diese rechtsgültige und unanfechtbare Schenkung von 1859 für den Schenker begründeten Verpflichtung erfolgt sei.

Nun muß allerdings, — wie dies auch bereits von den vorigen Richtern geschehen — dem Beklagten darin beigetreten werden, daß sein qualificirtes Geständniß nicht theilbar ist, und daher — insofern es in den rechtlichen Ergebnissen einen Unterschied machen sollte, ob die Schenkung des Hauses schon im Jahre 1859 oder erst im December 1861 Statt gefunden — dieser letztere Zeitpunkt annoch von dem Kläger zu beweisen sein würde. Dagegen kann sich der Beklagte über die Unterlassung einer deshalbigen Beweisauflage dann nicht beschweren, wenn, auch bei Zugrundelegung der von ihm gegebenen Sachdarstellung, der Beweis der in der ersten Alternative des angefochtenen Erkenntnisses enthaltenen Thatsache genügt, um zu einer Verurtheilung nach Maaßgabe der Klagbitte zu gelangen. Es ist also zu untersuchen, ob auch dann, wenn man unterstellt, daß die Schenkung zu einer Zeit erfolgte, wo der Schenker noch vollkommen zahlungsfähig war, die, auf Grund dieser Schenkung, im Zustande der Insolvenz erfolgte gerichtliche Verlassung und Zuschrift mit der actio Pauliana schon darauf hin angefochten werden kann, daß der Schenker diese Acte im Bewußtsein seiner Insolvenz vollzogen hat, ohne daß es auf die Mitwissenschaft des Beklagten ankommt.

1) Nicht ohne einigen Schein von Berechtigung hebt der Kläger hervor, daß Beklagter ein im Jahre 1859 erfolgtes Schenkungs**versprechen** (ein Schenken mittelst obligare) gar nicht behauptet habe, indem er in der Vernehmlassung nur von einer Schenkung und Ueberweisung **des Hauses** rede und duplicando gradezu erkläre: es handele sich gar nicht um ein Schenkungs**versprechen**, sondern die Schenkung habe in der Hingabe **des Hauses selbst** bestanden,

welcher die Umschrift als nothwendige, das Vermögen des Cridars nicht mehr betreffende Consequenz habe folgen müssen. Beklagter behaupte also lediglich eine Schenkung mittelst sofortiger Eigenthumsübertragung (dare); eine solche aber habe ohne gerichtliche Verlassung und Umschrift nicht vor sich gehen können, es sei also nach der eigenen Darstellung des Beklagten ein rechtlich bedeutungsloser Act, der im Jahre 1859 vor sich gegangen, und könne als Zeitpunkt der wirklich erfolgten Schenkung nur der angesehen werden, wo durch die gerichtliche Verlassung und Umschrift in Wahrheit das Eigenthum des fraglichen Hauses übertragen worden. Es mußte die Vertheidigung des Beklagten jedoch günstiger aufgefaßt, und darin die Behauptung eines Schenkens durch obligare, zu dem sofort die thatsächliche Erfüllung hinzugetreten sei, gefunden werden, wie denn insbesondere nur von diesem Standpunkte aus die schon in der Vernehmlassung aufgestellte Behauptung, die Umschrift sei eine „Verpflichtung" gewesen, zu deren Erfüllung eventuell auch die Masse „auf dem Wege Rechtens hätte gezwungen werden können" eine Berechtigung findet. Beklagter will das Vorliegen einer durch den angeblichen Schenkungsact von 1859 begründeten obligatio nicht in Abrede stellen, sondern vielmehr nur geltend machen, daß mehr als ein bloßes obligare damals vor sich gegangen, worauf später zurückzukommen sein wird.

2) Nach den Erörterungen zur Beschwerde des Klägers sub I. A. konnte das Berufen desselben auf die zwischen Schenker und Beschenkten bestehende Personen-Einheit lediglich auf die vom Beklagten behauptete Schenkung von 1859 bezogen werden, und hatte gerade den Zweck, diese als einen nichtigen Act erscheinen zu lassen, woraus denn von selbst folgen würde, daß in der Eigenthumsübertragung von 1861 nicht die Erfüllung einer bestehenden Obligation, sondern der Schenkungsact selbst gefunden werden müßte. Es muß also in dieser Richtung auf den fraglichen Punkt eingegangen werden. Das O.-A.-Gericht kann aber keinen Anstand neh-

men, in der materiellen Beurtheilung desselben dem Niedergerichte dahin beizutreten, daß nach Deutschem und insbesondere nach Lübischem Rechte in der väterlichen Gewalt der Charakter einer natürlichen Vormundschaft überwiegt, und dieselbe kein Hinderniß für die Eingehung von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kindern bildet, weßhalb es keiner Prüfung der processualischen Gründe bedarf, aus denen die vorigen Richter der Berufung des Klägers auf jene Personen-Einheit keine Folge geben zu dürfen geglaubt haben.

3) Das Obergericht nimmt an, daß, auch wenn schon im Jahre 1859 ein vollkommen rechtsgültiger Schenkungsvertrag zu Stande gekommen sein sollte, dennoch in der Verlassung und Zuschrift vom December 1861, soferne dieselben im Zustande und mit dem Bewußtsein der Insolvenz vorgenommen worden, eine alienatio in fraudem creditorum zu finden sein würde, weil der Cridar zu dieser letzteren Zeit zur Erfüllung des Schenkungsvertrags nicht mehr habe gezwungen werden können, vielmehr berechtigt und im Interesse seiner Gläubiger verpflichtet gewesen sei, der von ihm etwa geforderten Erfüllung mittelst der Einrede sich zu entziehen, daß er, als Schenker, berechtigt sei, neben dem nöthigen Lebensunterhalte auch die für seine Schulden nothwendige Deckung zurückzuhalten. Dieser Ansicht mußte aus den in den Motiven zum angefochtenen Erkenntnisse näher entwickelten Gründen beigepflichtet werden. Nun könnte freilich noch die Frage entstehen, ob, wenn auch in der Erfüllung des Schenkungsversprechens unter den obwaltenden Umständen eine alienatio in fraudem creditorum von Seiten des Cridars zu finden ist, dies zur Begründung der actio Pauliana gegen den Beschenkten, der doch Nichts, als was ihm vertragsmäßig gebührt, erhalten hat, hinreicht, und nicht vielmehr dessen Bewußtsein von der Insolvenz des Schenkers hinzukommen muß.

Wie diese Frage nach gemeinem Rechte zu beantworten sein würde, kann dahin gestellt bleiben. Nach dem Lübeckischen Gemeinen Bescheide vom 9. Febr. 1803 und der dar-

auf gegründeten Rechtsprechung des O.-A.-Gerichts muß sie bejaht werden. Es kann nämlich keinem Bedenken unterliegen, den Schenker, der im Zustande bewußter Insolvenz, ohne von dem ihm zustehenden beneficium competentiae in dem oben bezeichneten Umfange Gebrauch zu machen, die Schenkung erfüllt, dem Schuldner gleichzustellen, der, während er das Bewußtsein seiner materiellen Zahlungsunfähigkeit hat, einem seiner Gläubiger eine noch nicht fällige Schuld bezahlt. Daß aber in diesem letzteren Falle, nach Maaßgabe des gedachten Gemeinen Bescheides, soferne nur auf Seiten des zahlenden Schuldners (unter Zugrundelegung der s. g. Gratificationstheorie) ein animus fraudandorum creditorum anzunehmen steht, die ganze Zahlung rückgängig gemacht (nicht bloß das interusurium eingeklagt) werden kann, und es hierbei auf die Mitwissenschaft des Gläubigers nicht ankommt, hat das O.-A.-Gericht bereits früher, unter eingehender Motivirung dieser seiner Ansicht, ausgesprochen:

Bruhn Sammlung von Entscheidungen 2c. I. p. 410. II. p. 23. p. 460—463.

Beklagter selbst scheint denn auch zu erkennen, daß, sobald man davon ausgeht, es habe im Herbst 1859 ein bloßes Schenken durch obligare Statt gefunden, der vom Obergericht geltend gemachte Grund durchschlagend ist. Denn er legt alles Gewicht darauf, daß damals keineswegs ein bloßes Schenkungs*versprechen* Statt gefunden, sondern die Schenkung sofort durch Ueberweisung des Hauses an den Beklagten vollzogen worden, so daß für den Schenker nur noch die Verpflichtung übrig geblieben sei, auch das förmliche stadtbuchmäßige Eigenthum dem Beklagten abzutreten, und das Haus auf dessen Namen „gelegentlich" umschreiben zu lassen; daß dies eine bloße Formalität, eine Leistung ohne allen pecuniären Werth gewesen, wogegen alle diejenigen Rechte und Befugnisse, welche das zu Geld anzuschlagende Interesse des Eigenthümers ausmachten, bereits mit der bedingungslosen Ueberlieferung des Hauses auf den Beklagten übergegangen seien. Es kann indeß dieser ganzen Argumentation

kein Werth beigelegt werden. Daß, nach Lübischem Rechte, Eigenthum an Immobilien erst in Folge der gerichtlichen Verlassung und Umschrift im Stadtbuche übergeht, steht fest, und wird vom Beklagten selbst nicht bestritten. Wenn aber dies der Fall, so ist nicht einzusehen, wie bis zur Verlassung das Recht des Erwerbers noch ein Mehreres sollte begreifen können, als einen rein persönlichen Anspruch gegen den Veräußerer. Die Besitzübertragung ist, bis die Umschrift hinzukommt, etwas rein Factisches und überall nicht geeignet, ein dingliches Recht des Erwerbers an dem Hause selbst zu vermitteln. Dieses bildet vielmehr immer noch einen Vermögenstheil des Veräußerers, und in dem Vermögen des Erwerbers findet sich nach wie vor nur ein Forderungsrecht, welches, weil auf einer Schenkung beruhend, der Beschränkung durch das beneficium competentiae in dem bereits bezeichneten Umfange unterliegt.

Richtig ist es nun freilich, daß — worauf der Beklagte ebenfalls hinweist — mit der actio Pauliana nur derjenige Veräußerungs-Act rückgängig gemacht werden kann, der wirklich in fraudem creditorum vorgenommen ist, also hier die Verlassung und Umschrift des Hauses. Es bleibt dann noch immer die factische Lage die, daß der Beklagte, vermöge einer auf Grund eines Schenkungsvertrags von dem noch solventen Schenker vorgenommenen Tradition, sich im Besitze des Hauses befindet; und muß ein zweiter Rechtsgrund hinzukommen, vermöge dessen die Gläubigerschaft ihm diesen Besitz abstreiten und die Herausgabe des Hauses fordern kann. An einem solchen fehlt es indessen auch nicht. Es kann dahin gestellt bleiben, inwiefern überhaupt in denjenigen Deutschen Ländern, wo der Eigenthumsübergang von Immobilien durch gerichtliche Auflassung oder ein Surrogat derselben bedingt ist, dem Veräußerer, der das bereits übergebene, aber noch nicht gerichtlich übertragene Immobile, sei es mit der Rei Vindicatio oder auch mit einer persönlichen Klage zurückfordern wollte, von dem Erwerber eine Einrede aus dem Veräußerungsvertrag entgegengesetzt werden kann.

In einem Falle der vorliegenden Art wird jedenfalls diese Einrede durch die replica doli beseitigt, daraus entnommen, daß der Schenker wegen inmittelst eingetretener Insolvenz nicht mehr verpflichtet resp. berechtigt sei, den Schenkvertrag durch Uebertragung des Eigenthums zu erfüllen, und daher auch die nur in Erwartung dieser letzteren bereits im Voraus erfolgte Besitzübertragung rückgängig gemacht werden müsse.

B. Der zweite Theil der beklagtischen Beschwerde betrifft die Formulirung des in Beziehung auf den animus fraudandorum creditorum vom Kläger zu fordernden Beweises. Während die vorigen Richter denselben dahin formulirt haben:

> daß der Cridar — — gewußt habe, daß er zahlungsunfähig sei,

verlangt der Beklagte principaliter die Fassung:

> daß der Cridar die Absicht gehabt habe, seine Gläubiger zu benachtheiligen;

eventuell:

> daß er zur betreffenden Zeit bereits zahlungsunfähig gewesen oder es durch die fraglichen Acte geworden, und sich solcher Zahlungsunfähigkeit bewußt gewesen.

Es liegt indeß kein Grund vor, dem einen oder anderen dieser Anträge zu deferiren.

1) Daß der Beweis, statt auf die Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, vielmehr auf die facta gerichtet worden ist, aus denen diese Absicht von selbst folgt: den Zustand der Insolvenz und die im Bewußtsein dieses Zustandes von dem Cridar gemachte resp. vollzogene Schenkung, ist ganz correct, und hat auch der Beklagte hiergegen eigentlich Nichts einzuwenden.

2) Daß der Cridar zur Zeit der fraglichen Eigenthumsübertragung wirklich insolvent gewesen sein muß, und es nicht genügt, wenn er sich irrthümlich für insolvent gehalten, ist vollkommen richtig. Der Beweissatz: „daß er gewußt habe, daß er insolvent sei," begreift aber auch implicite zugleich den Beweis der wirklich vorhandenen Insolvenz.

3) Die vorigen Richter haben den Beweis darauf, daß der Cridar durch den fraglichen Act insolvent geworden, absichtlich nicht erstreckt, weil eine dahin gehende Behauptung des Klägers nicht vorliegt. Dadurch ist jedenfalls der Beklagte nicht verletzt, und es ist eine Verkennung seines eigenen Interesse, wenn er, während Kläger sich bei der Hinweglassung der fraglichen Alternative beruhigt hat, eventuell deren Aufnahme in den Beweissatz beantragt.

Hamburg. 9.

Dr. Banks mand. nom. **Grünwald & Guggenheimer** zu Stuttgart, Kläger, gegen **J. Thielmann** zu Hamburg, Beklagten.

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß
vom 31. Januar 1865.
(Auf beklagtische Appellation.)

Da ein Theil des klagend geforderten Facturabelaufs der von den Klägern dem Beklagten im Febr. 1864 zugesandten 36 Garnituren Goldwaaren zur Summe von 573 fl. 24 Kr., nämlich ein Betrag von 4 Garnituren Nr. 1. 2. 3 und 20 zusammen fl. 59. 36, wie er schon nach H.-G.-Acten [10] pag. 14 vor dem Beginn des Processes nicht mehr streitig gewesen, so auch im Processe — wenngleich abzüglich 15 % Disconto oder 8 fl. 57, also mit 50 fl. 39 Kr. — als den Klägern zukommend von dem Beklagten anerkannt worden ist, auch das Handelsgericht den Beklagten durch Erkenntniß vom 9. Septbr. 1864 in die Zahlung dieses anerkannten Belaufes verurtheilt hat, ohne daß der Beklagte hiegegen ein Rechtsmittel ergriffen hätte; da hiernach seit jenem Handelsgerichts-Erkenntnisse der Streitgegenstand jedenfalls auf 513 fl. 48 Kr., eventuell, wenn der Disconto auf die 59 fl. 36 Kr. als streitig geblieben angesehen werden müßte, auf 522 fl. 45 Kr. sich verringert hat; da es ferner unstreitig ist, daß die Kläger verpflichtet sind, 8 Garnituren, gegen welche der Beklagte

alsbald nach dem Empfang der Sendung monirt hatte, zurückzunehmen, also deren Facturabetrag von dem eingeklagten Belaufe in Abzug zu bringen ist, wie denn das Obergerichts-Erkenntniß vom 2. December 1864 diesen Abzug ausdrücklich angeordnet hat;

da hiernach die beklagtischen Beschwerden nur einen Belauf von 513 fl. 48 Kr., event. 522 fl. 45 Kr., abzüglich des Facturabetrages der in Rede stehenden 8 Garnituren, zum Gegenstand haben; da freilich die beanstandeten 8 Garnituren vom Beklagten bisher nicht näher bezeichnet worden sind, so daß das Obergericht in der Lage war, die Sache zur Feststellung deren Belaufes in quanto erst an das Handelsgericht zurückverweisen zu müssen, indessen ohne Weiteres aus der von dem Beklagten beigebrachten Factura erhellet, daß, welche 8 Posten der Factura auch von den obigen 513 fl. 48 Kr., event. 522 fl. 45 Kr., abzuziehen sein mögen, in keinem Falle ein die Appellationssumme von mehr als Ct. ℔ 652 erreichender Belauf übrig bleibt, indem bei der für die Annahme der Appellabilität günstigsten Zugrundelegung der 8 am niedrigsten facturirten Posten Nr. 4, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 15 ein zu kürzender Gesammtbetrag von fl. 96. 18 sich ergiebt, durch welchen die obigen fl. 513. 48 oder fl. 522. 45 bis auf fl. 417. 30 oder fl. 426. 27 sich verringern, von welchen Summen die größere, nach dem Verhältnisse von 7 fl. = 4 ℳ oder 10 ℓ. Cour. auf Ct. ℔ 609. 3, also auf weniger als Ct. ℔ 625, sich berechnet;

so erkennt das Ober-Appellationsgericht für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 2. Decbr. 1864 ergriffenen Appellation für gewahrt zu achten, dieselbe aber als nicht anher erwachsen, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu verwerfen sei.

Hamburg. 10.

J. W. Duncker jun. zu Hamburg, Kläger, wider **H. G. Schramm** daselbst, Beklagten, wegen Redhibition gelieferter Dampfpumpen.

Interpretation einer Garantieclausel.

Rechtsfall. Der Kläger ist Besitzer eines floating dock, der Beklagte Erfinder verbesserter rotirender Dampfpumpen, für welche er in England patentirt ist, und deren Vorzug nach einem im Juli 1863 von ihm erlassenen gedruckten Circular darin bestehen soll, „daß auf höchst einfachem Wege die Reibung auf ein Minimum gebracht ist, welche bei den gewöhnlichen wie bei den bekannten rotirenden Pumpen einen so großen Kraftaufwand erfordert.“ Zwischen den Parteien kam nun im Sommer 1862, nachdem der Kläger Modelle dieser Pumpen in Augenschein genommen und von der Construction derselben sich unterrichtet hatte, ein Contract zu Stande wegen Lieferung von vier completen Pumpen nebst Zubehör, wovon jede im Stande sein sollte, 160 Cubikfuß Wasser pr. Minute zu fördern, für die Summe von 16,000 ℳ Crt. Ein Schreiben des Beklagten an den Kläger vom 13. Juni 1862, welches das Nähere über die bedungene Lieferung enthielt, besagt am Schluß:

Nachträglich füge ich noch hinzu, daß ich auf fünf Jahre die Garantie übernehme für die Haltbarkeit meiner Arbeit, und werde alles, was durch meine Schuld von Reparaturen der Maschinen vorkommt, unentgeltlich erneuern.

Die Unterzeichnung eines vom Kläger später entworfenen förmlichen u. a. einen bestimmten Lieferungstag enthaltenden Contracts hat der Beklagte verweigert. In diesem Contracte lautete der § 3 dahin:

„Herr H. G. Schramm übernimmt hiedurch wiederholt die laut seines … Briefes vom 13. Juni 1862 eingegangenen

Verpflichtungen, mit jeder der 4 Pumpen 160 Cubikfuß pr. Minute aus den einzelnen Pontons herauszuschaffen und jede der 4 Pumpen für diese Leistungsfähigkeit herzustellen; ferner, die Maschinen und allen Zubehör in einem guten fertigen und brauchbaren Zustande an Herrn J. W. Duncker abzuliefern, und übernimmt Herr „Schramm hiedurch zugleich die Verpflichtung, Alles und Jedes, was innerhalb der ersten 5 Jahre, vom Tage der Ablieferung angerechnet, durch Verschleiß oder durch fehlerhafte Construction an den Maschinen und Pumpen außer Ordnung gerathen sollte, auf seine, des Herrn Schramm, Kosten und unentgeltlich für Herrn Duncker wieder herzustellen."

Dagegen heißt es im § 4, Schramm verzichte für den Fall, daß seine Pumpen und Maschinen die versprochene Leistungsfähigkeit nicht besitzen, auf die Annahme derselben abseiten des Herrn Duncker.

Die, Ende Mai 1863 aufgestellten Pumpen sind, nachdem sich die contractliche Leistungsfähigkeit bewährt hatte, vom Kläger angenommen und bezahlt worden, wiewohl nur unter der Fortdauer der vom Beklagten in seinem Briefe vom 13. Juni 1862 übernommenen Garantie für die Haltbarkeit seiner Arbeit.

Gestützt auf diese Garantieclausel war die am 19. November 1863 angestellte Klage. Sie behauptete, daß die gänzliche Unhaltbarkeit der gelieferten Pumpen sich schon jetzt herausgestellt habe, und machte dafür geltend, daß im Innern der Pumpen sich bewegliche Klappen mit in Führungen laufenden kleinen Zapfen befänden, und daß Zapfen sowohl als Führungen sich nach unverhältnißmäßig kurzem Gebrauche so vollständig abnutzten, daß ohne eine Erneuerung dieser Theile die Pumpen gar nicht zu verwenden seien. Gebeten ward, den Beklagten zu verpflichten, gegen Rücknahme der gelieferten vier Pumpen, dem Kläger die Kosten der Beschaffung neuer Pumpen von gleicher Leistungsfähigkeit und den bis dahin, daß dies geschehen sein werde, entstehenden Schaden zu erstatten.

Der Beklagte bestritt, daß der behauptete Verschleiß der Zapfen und Führungen jetzt noch so schnell, wie angegeben, eintrete, und bestritt ferner, daß der durch das Constructions-princip bedingte Verschleiß dieser kleinen, leicht und mit geringen Kosten zu ersetzenden Pumpentheile, eine unabwendbare Folge der bei allen Pumpen stattfindenden Reibung, unter seine Garantie falle. Er machte außer andern Einreden auch geltend, der Grund der gerügten Uebelstände liege in der mangelhaften Construction des Docks und in der Ueberanstrengung und schlechten Behandlung der Pumpen.

Das Handelsgericht erkannte am 23. December 1863:

daß Kläger bei Fortgang der Sache eine Caution für Kosten und Fortsetzung des Rechtsstreites zur Summe von Banco-Mark 200. bei Strafe beklagtischer Absolution von der Instanz zu bestellen schuldig;

und in der Sache selbst: da die fraglichen Pumpen zwar acceptirt sind, jedoch unter Vorbehalt aller Ansprüche aus der Garantie Anlage A.

(s. den Comm. Vgl. vom 29. Juni 1863 und die Einlassung vom 15. Juli 1863.)

da diese Garantie, welche der Beklagte so ausgedrückt hat:

ich übernehme auf 5 Jahre die Garantie für die Haltbarkeit meiner Arbeit und werde Alles, was durch meine Schuld von Reparaturen der Maschinen vorkommt, unentgeltlich erneuern,

ausweise des Klagantrags in ihrem letzten Theile gar nicht in Frage steht; da, was die Garantie für die Haltbarkeit der beklagtischen Arbeit betrifft, darunter verstanden werden kann die Erneuerung unhaltbarer Maschinentheile und die Erstattung des Schadenersatzes für die Dauer der Unbrauchbarkeit der Pumpen;

darunter aber auch zu verstehen ist, daß eine für die bedungene Zeit dauerhafte Arbeit bei ordnungsmäßigem Gebrauch geliefert worden, während keine Gewähr geleistet ist

für Abnutzung, welche durch Construction der Pumpen bei solchem Gebrauch nothwendig entsteht, und zwar deshalb nicht, weil das Princip der Construction von dem Kläger genehmigt wurde;

da somit die Klage nicht angebrachtermaaßen abzuweisen ist, weil aus einem dictum et promissum das Interesse gefordert werden kann, das Interesse der Garantie aber auch das sein kann, daß Kläger Pumpen der fraglichen Construction, jedoch von dauerhafter Arbeit erlange;

da dem auch nicht entgegensteht der § 3 des Contractentwurfes (Anl. D), weil in demselben eine ganz andere Garantie als in Anlage A. vorgeschrieben ist, namentlich die Wiederherstellung alles durch Verschleiß und durch fehlerhafte Construction außer Ordnung Gerathenen verlangt worden, insonderheit aber jener Vertrag nicht perfect geworden;

da auch wegen des fortgesetzten Gebrauches der Pumpen die Klage nicht hinfällig wird, weil, wenn dieselben haltbar im Sinne der Garantie sich ausweisen, die Klage abzuweisen ist, und wenn dies nicht der Fall, jedenfalls der Schadensanspruch des Klägers erheblich geringer sein wird, als wenn außerdem die Arbeit eingestellt würde, der etwaige weitere Verschleiß aber vom Beklagten in computum gebracht werden kann;

da, wenn der Beklagte die Einleitung eines ordentlichen Beweisverfahrens verlangt hat und Kläger, welcher nach Uebernahme der Maschinen und deren Bezahlung den Verfall der Garantie geltend macht, beweispflichtig erscheint, dem Beklagten doch der specielle Gegenbeweis nachzulassen ist, daß durch mangelhafte Einrichtung und Benutzung des Dock, oder durch Ueberarbeitung der Pumpen, oder ihre Verwahrlosung und schlechte Behandlung deren Haltbarkeit erheblich beeinträchtigt sei,

daß Kläger den Beweis:

daß die Arbeit der wesentlichen Theile der fraglichen Pumpen eine solche sei, daß sie, abgesehen von dem durch die Construction selbst bedingten Verschleiße, eine

Dauerhaftigkeit von fünf Jahren seit der Ablieferung nicht besitze,

zu führen und vorbehältlich beklagtischen Gegenbeweises, namentlich dahin:

daß durch mangelhafte Einrichtung und Benutzung des Dock, oder durch Ueberarbeitung der Pumpen, oder ihre Verwahrlosung und schlechte Behandlung deren Haltbarkeit in entscheidendem Maaße beeinträchtigt sei,

innerhalb acht Tagen, bei Verlust der Beweisführung, anzutreten schuldig.

Beide Theile appellirten, der Beklagte deshalb, weil die Klage nicht sofort abgewiesen sei.

Dieser Beschwerde entsprach das Obergericht durch das nachfolgende Erkenntniß vom 26. Februar 1864:

Da das Wesentliche der vom Beklagten hinsichtlich der von ihm contractlich übernommenen Lieferung von 4 Pumpen mit Dampfmaschinen und Zubehör aus seinem vom Kläger genehmigten Schreiben vom 13. Juni 1862 (Anlage A.) zu entnehmen ist; da demzufolge Beklagter sich zur Anfertigung von Maschinen nach einer bestimmten dort bezeichneten, überdies dem Kläger durch ein Modell näher bekannt gewordenen Constructionsart von einer festgestellten Leistungsfähigkeit so wie Alles gut gearbeitet und von gutem Material verpflichtet hatte, und unbestritten, nachdem die verheißene Leistungsfähigkeit der Maschine sich durch ihre Benutzung erprobt hatte, dem Beklagten der bedungene Preis von Crt. ℳ 16,000 ausbezahlt worden ist; da, anlangend die Güte von Material und Arbeit, dieser Begriff darin seinen präciseren Inhalt findet, daß deren Qualität die Voraussetzung für die nicht nur momentane, sondern im Verlaufe der Zeit sich gleichbleibende Brauchbarkeit und Leistungsfähigkeit der Maschinen war, und in dieser Hinsicht die contractliche Verpflichtung des Beklagten dahin fixirt wurde, daß er die Garantie für die Haltbarkeit seiner Arbeit auf die Dauer von 5 Jahren übernehme; da anlangend die Interpretation dieser schriftlich dahin bestätigten Verantwortlichkeit:

„Nachträglich füge ich noch hinzu, daß ich auf 5 Jahre die Garantie übernehme für die Haltbarkeit meiner Arbeit, und werde Alles, was durch meine Schuld von Reparaturen der Maschinen vorkommt, unentgeltlich erneuern,“ hierin nicht mit dem Handelsgericht eine Verpflichtung von zwiefachem Inhalt gefunden werden darf, so daß mit Suppeditirung des Wortes „außerdem“ nach den Worten „und werde“ für den ersten Satz, eine von dem Sinne des zweiten ganz verschiedene Bedeutung aufgesucht werden müßte; da vielmehr, gleich wie es einer gewöhnlichen, wenn auch weniger accuraten, Redeweise angemessen ist, beide Sätze durch Supplirung des Wortes „und werde demnach“ verbunden zu denken, diese Annahme sich auch durch das Bedürfniß empfiehlt, den abstracten Begriff einer Garantie für die Haltbarkeit durch die erläuternde Uebernahme der dadurch stipulirten unentgeltlichen Leistungen genauer zu bezeichnen; da diese Auslegung als die der übereinstimmenden Auffassung der Contrahenten entsprechende auch dadurch ihre Bestätigung findet, daß in § 3 des späteren vom Kläger ausgegangenen Contractentwurfes ausschließlich der Inhalt des zweiten der obigen Sätze aufgenommen wurde, weil derselbe den ersten durch Hervorhebung der daraus für das Verhältniß der Parteien resultirenden practischen Folgen vollständig reproducirte, wobei es für diese Interpretationsfrage als unerheblich erscheint, daß jener Entwurf aus anderen Gründen vom Beklagten nicht vollzogen wurde; da hiernach dem Kläger aus der als Rechtsgrund für die Klage geltend gemachten beklagtischen Garantie nur ein Anspruch auf unentgeltliche Reparatur der Maschinen und auf Erneuerung der während der ersten 5 Jahre schadhaft oder unbrauchbar gewordenen Theile zustehen könnte, wobei sodann, abgesehn davon, daß Beklagter nicht gemeint sein konnte, auch für solche Beschädigungen an den nicht unter seine Aufsicht gestellten Maschinen aufzukommen, welche erweislich durch ordnungswidrigen Gebrauch, durch Ueberanstrengung oder Verwahrlosung entstehen mögten, es neben Constatirung der Nothwendigkeit der ver-

langten Veränderungen auf die hier nicht zur Entscheidung stehende Frage ankommen würde, ob die Verhaftung des Beklagten nur auf solche Reparaturen, die durch eine von ihm verschuldete Unhaltbarkeit nothwendig wurden, oder auch auf die durch unvermeidliche Abnutzung während längeren Gebrauches veranlaßten zu erstrecken sei; da aber die hier erhobene auf Erstattung der Kosten der anderweiten Anschaffung von Maschinen gleicher Leistungsfähigkeit angestellte Klage durch das unter den Parteien bestandene Verhältniß nicht gerechtfertigt werden kann:

> daß auf Grund der beklagtischen Appellation, und ohne daß es hiernach auf eine Prüfung der klägerischen Beschwerden ankommt, das Erkenntniß des Handelsgerichts vom 23. December v. J. wieder aufzuheben, und Kläger mit der von ihm erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Kosten der ersten Instanz abzuweisen sei. Die Kosten der Appellationsinstanz werden compensirt.

Der Kläger appellirte weiter; es erfolgte aber beim Ober-Appellationsgericht am 31. Januar 1865 eine confirmatoria, und lauten die Entscheidungsgründe dahin:

1. Die Principalbeschwerde des Klägers, daß ihm nicht der Beweis nachgelassen sei, daß die ihm vom Beklagten gelieferten Pumpen die garantirte Haltbarkeit von fünf Jahren nicht besitzen, hat, gleich der 2. und 3., der Beklagte zunächst, weil gegen zwei gleichförmige Entscheidungen verstoßend, als unzulässig darzustellen versucht. Indessen bedurfte es keiner Erörterung dieses unhaltbaren Einwandes, da die Beschwerde eine jedenfalls unbegründete ist.

Der Kläger hat seinen Anspruch auf Redhibition der ihm vom Beklagten für sein floating dock gelieferten rotirenden Dampfpumpen in der Klage wie in der derselben voraufgegangenen notariellen Aufforderung vom 3. Novbr. 1863, soviel das rechtliche Fundament betrifft, lediglich gegründet auf die in dem Briefe des Beklagten vom 13. Juni 1863 enthaltene Garantie der Haltbarkeit seiner Arbeit auf fünf Jahre. Auch in der Replik ist die Behauptung einer

diesem Schreiben vorangegangenen mündlichen weiter reichenden Garantie nicht erfindlich. Denn wenn der Kläger hier angiebt, daß, als der Beklagte ihm ein Modell der zu liefernden Pumpe gezeigt, Kläger grade deshalb, weil er auf technische Fragen sich nicht verstehe, die Haltbarkeit der Arbeit auf fünf Jahre sich habe garantiren lassen, daß eben die damalige Bemerkung des Klägers, daß ihm die Construction nicht sehr haltbar erscheine, die Ertheilung der Garantie veranlaßt habe,

Hand.-Ger.-Acten [9] S. 29.

so kann unter dieser Garantie nicht wohl eine andere verstanden werden als die im Briefe vom 13. Juni enthaltene, auf welche die Klage sich gründet, und welche ja grade auf „Haltbarkeit der Arbeit" geht. Und ebenso wenig ist hier eine Behauptung aufgestellt, nach welcher dieser Garantie eine specielle Beziehung auf die Dauerhaftigkeit der Führungen und Zapfen in den Pumpen gegeben werden müßte. Auch in seinem Appellationslibelle zweiter Instanz hat der Kläger zwar eine vom Beklagten sofort beim Zeigen der Modelle gemachte mündliche Erklärung behauptet, allein eine nur dahin gehende, er wolle die Haltbarkeit der Construction auf fünf Jahre garantiren.

Oberger.-Acten Fasc. B. [2] S. 2—3.

Wenn daher der Kläger in gegenwärtiger Instanz, wie in seiner Vernehmlassung in zweiter Instanz, behauptet, es habe grade auf seine Bemerkung, daß die in Führungen laufenden Zapfen einer besonders starken Reibung ausgesetzt seien, der Beklagte erklärt, er sei bereit, die Haltbarkeit der Pumpen auf fünf Jahre zu garantiren, so ist dies eine ganz neue factische Behauptung, welche der Klage untergeschoben wird, und von welcher daher bei der Interpretation der Garantie völlig abzusehen war.

Was nun aber diese Interpretation betrifft, so waltet zwar in dieser zwischen den beiden vorigen Gerichten eine erhebliche Verschiedenheit ob, und wäre es nöthig, über diejenige Auffassung, in welcher sie differiren, eine Entscheidung

zu treffen, so wäre diese keine ganz zweifellose. Allein es bedarf einer solchen Entscheidung in dem vorliegenden Falle nicht, indem die Klage sich als eine unbegründete darstellt, welcher dieser Auffassungen man auch beitreten möge.

Die Klage ist nämlich, soviel das factische Fundament derselben betrifft, lediglich darauf gegründet, daß die Führungen und Zapfen an den Pumpen einem raschen Verschleiß unterworfen seien. Obgleich nämlich in der Klage die allgemeine Behauptung vorangeschickt wird, es habe im Laufe der Zeit sich herausgestellt, daß die Pumpen gänzlich unhaltbar seien, und zwar in einem Grade, welcher deren Brauchbarkeit überhaupt aufhebe, so wird doch in dem darauf folgenden Satze diese allgemeine Behauptung der Unhaltbarkeit näher dahin präcisirt, daß die im Innern der Pumpen in Führungen laufenden Zapfen sowohl als die Führungen sich nach unverhältnißmäßig kurzem Gebrauche so vollständig abnutzen, daß die Pumpen gar nicht zu verwenden seien; und auch in dem weiteren Verfolg der Klage, so wie überhaupt in den Acten finden sich sonstige Ausstellungen an der Arbeit der gelieferten Pumpen überall nicht. Nun ist es aber klar, daß, wenn man auch mit dem Handelsgerichte die Garantie des Beklagten dahin auffaßt, daß er auf fünf Jahre für die Haltbarkeit seiner Arbeit unbedingt habe haften wollen, hierin doch nur die Erklärung liegt, dafür einstehen zu wollen, daß seine Pumpen fünf Jahre halten, also während mindestens dieses Zeitraums im Stande sein werden das zu leisten, was er von ihnen versprochen, nämlich 160 Cubikfuß Wasser pr. Minute auszupumpen, nicht aber die Erklärung, auch dafür zu haften, daß sie dies während des gedachten Zeitraums leisten werden ohne einen in kürzeren oder längeren Zwischenräumen eintretenden Verschleiß der Führungen und Zapfen. Auch konnte der Kläger darüber, daß ein solcher Verschleiß von Zeit zu Zeit eintreten werde, bei Abschluß des Contracts über die Lieferung von Pumpen der hier fraglichen Art im Allgemeinen nicht im Zweifel sein, wenn auch vielleicht im Unklaren darüber, wie bald dieser

Verschleiß eintreten werde. Denn das Princip der vom Beklagten verbesserten Construction rotirender Pumpen, auf welche er in England patentirt ist, und nach deren vorher untersuchtem Modell der Kläger einräumt die Bestellung gemacht zu haben, besteht, worüber zwischen den Parteien kein Streit, gerade darin, daß, wie dies in dem vom Beklagten im Juli 1863 erlassenen gedruckten Circular angedeutet und in den Proceßverhandlungen näher erläutert ist, die bei allen Pumpen der Natur der Sache nach nothwendig eintretende Reibung auf ein Minimum gebracht ist, indem die Hauptreibung nur bei den kleinen in Führungen laufenden Zapfen stattfindet, welche naturgemäß einem von Zeit zu Zeit eintretenden Verschleiß unterworfen sind, sich aber leicht und mit geringen Kosten durch neue ersetzen lassen. Der Kläger scheint es denn auch zu erkennen, daß dieser durch das Princip der Construction bedingte Verschleiß an sich kein Mangel der Pumpen sei, welcher ihn auf Grund der Garantie im Briefe des Beklagten vom 13. Juni 1863 zur Redhibition berechtige, und hat eben deshalb aus der oben angegebenen neuen Behauptung über die Veranlassung der Garantie zu deduciren versucht, dieselbe sei eben dahin gegangen, daß ein Verschleiß der Führungen und Zapfen binnen 5 Jahren überall nicht eintreten werde, woraus nothwendig folgen würde, daß, wenn dies auch erst nach vierjährigem Gebrauche geschehe, der Beklagte zur Zurücknahme der Pumpen und zum Ersatz des vollen Interesse verpflichtet wäre. Indessen konnte, nach dem Obigen, jene neue Behauptung als unzulässiges Novum nicht berücksichtigt werden.

War aus obigen Gründen die Principalbeschwerde des Klägers zu verwerfen, so erledigten sich dadurch zugleich

II. die sämmtlichen eventuellen Beschwerden des Klägers.

1) Die zweite verlangt nämlich der Sache nach, daß dem Beklagten noch der Beweis darüber auferlegt werde, daß der Kläger die Construction der Pumpen in der Weise genehmigt habe, daß der Verschleiß der Führungen und Zapfen nicht unter die vom Beklagten geleistete Garantie falle.

Sie gründet sich also auf der nach dem Obigen unzulässigen neuen Behauptung, daß die Garantie grade in der bezeichneten Richtung geleistet sei. Auch würde jedenfalls hier nicht den Beklagten, sondern der Kläger, welcher sich auf einen den Worten nicht entsprechenden Sinn der Garantie beruft, die Beweislast treffen.

2) Die **dritte** Beschwerde bezielt, eventualiter den Kläger zu dem Beweise zuzulassen, daß Beklagter ihm eine fünfjährige Haltbarkeit der Pumpen in dem Sinne garantirt habe, daß bei guter Arbeit dieselben keiner Reparatur bedürfen werden.

a) Insofern, was zweifelsohne der Fall, unter der „Reparatur" die Erneuerung der Zapfen gemeint ist, steht der Beschwerde der obige Grund entgegen.

b) Es ist aber auch diese Beschwerde in voriger Instanz gar nicht aufgestellt, ohne gleichwohl von der Art zu sein, daß das Obergericht sie als ein minus der zweiten ex officio hätte berücksichtigen können.

c) Die Thatsache, welche Kläger beweisen will, steht endlich in der Allgemeinheit, worin sie aufgestellt ist, in gradem Widerspruch mit dem zweiten Satze der schriftlichen Garantie. Denn hat nach des Klägers Behauptung der Beklagte ihm zugesagt, die Pumpen zurücknehmen zu wollen, wenn binnen fünf Jahren nur auch die geringste Reparatur an denselben nöthig werden sollte, so bedurfte es gar nicht der im zweiten Satze enthaltenen Zusage, die durch seine Schuld nöthig werdenden Reparaturen unentgeltlich zu beschaffen.

3) Da, wenn die Klage verworfen wird, die vom Beklagten vorgeschützte Einrede des eigenen Verschuldens nicht weiter in Betracht kommt, so findet dadurch die auf die Fassung des Beweises dieser Einrede durch das Handelsgericht sich beziehende **vierte** Beschwerde von selbst ihre Erledigung.

War sonach das angefochtene Erkenntniß, wenngleich aus anderen Gründen, zu bestätigen, so mußte Kläger auch in die Kosten dieser Instanz verurtheilt werden.

11. Lübeck.

Johann Joachim Steer zu Ritzerau, Kläger, wider die Dorfschaft Ritzerau, Beklagte.

Summa appellabilis: Nur in zweifelhaften Fällen kann die Zustimmung des Gegners den Nachweis der Appellationssumme ersetzen.

Unschätzbarkeit des Gegenstandes: Eine solche ist nur da anzunehmen, wo entweder jede Schätzung an sich unmöglich, oder wo dieselbe der Natur der Sache nach zu einem bestimmten Ergebniß überall nicht führen kann.

Rechtsfall: In einem Processe, welchen S. gegen die Beklagte wegen angeblich eigenmächtiger Niederreißung einer Einfriedigung um seine, neben seinem Garten liegende Holzhude angestellt hatte, war in Betreff des Eigenthums und der Besitzverhältnisse an dem fraglichen Terrain von den ersten Instanzen in abweichender Art auf Beweis erkannt worden. Vom O.-A.-G., an welches die Sache durch Berufung der Beklagten gelangte, ward dieser Letzteren zunächst auferlegt, das Vorhandensein der Appellationssumme nachzuweisen, und nachdem diesem Bescheide von Seiten der Dorfschaft gelebt war, die Appellation durch Erkenntniß vom 30. Januar 1865, als anhero nicht erwachsen, verworfen. Die Entscheidungsgründe lauten folgendermaßen:

Von den drei Gründen, durch welche das Vorhandensein beziehungsweise die Unnöthigkeit der Appellationssumme dargethan werden soll, besteht

der erste in rechtskräftiger Entscheidung, welche in dem Obergerichts-Urtheil in Sachen Steer wider Dohrendorf und Genossen gefunden wird. Er beseitigt sich dadurch, daß die gedachte Entscheidung für die gegenwärtige Sache nur eine doctrinelle Bedeutung hat.

Der zweite Grund wird in dem Zugeständniß des Gegners gefunden, daß hier eine der Schätzung nicht unterworfene

Streitigkeit vorliege, und ist bedeutungslos, da die Zustimmung des Gegners nur in zweifelhaften Fällen den Nachweis der Appellationssumme ergänzen kann. Ein zweifelhafter Fall liegt hier aber nicht vor. Denn an sich besteht der Werth des Streitobjects in dem vorliegenden Falle höchstens in dem Betrage, welcher durch den Werth des ausschließlich in Anspruch genommenen Landes und der Entschädigung für den weggerissenen Zaun, beziehungsweise Planke, mit Einschluß der verdorbenen Runkelrüben gebildet wird. Dieser Betrag läßt sich sehr wohl zu Geld anschlagen, und das Streitobject mithin seiner Natur nach einer bestimmten Schätzung unterwerfen. Es mußte daher, in Beihalt der neuesten Entscheidungen des O.-A.-Gerichts:

Lüb.-Büch.-Eisenb.-Gesellsch. w. Steffen vom 23. Octbr. 1856,
Grube w. Dorfsch. Dummersdorf v. 12. Decbr. 1859,
Ehlers w. Dorfsch. Dummersdorf v. 4. Juli 1861,

welche, wie sich aus einer Vergleichung des § 34 der Ger.-Ordnung mit § 14 des Nachtrags &c. ergiebt, die Billigung des Gesetzgebers gefunden haben, die vorliegende Appellation, da die Appellantin es an jeder Bescheinigung hat fehlen lassen, daß der obengedachte Werth die Summe von 1000 ℛ Crt. übersteige, verworfen werden, da auch

der dritte Grund, welcher zur Unterstützung der Deduction, es bedürfe der Nachweisung der Appellationssumme nicht, geltend gemacht wird, unhaltbar ist. Er liegt in der Behauptung, daß der Gemeindeweg, die nach Sandesneben führende Landstraße, durch die Anlage beeinträchtigt werde. Allein in erster Instanz ist davon, daß Zaun resp. Planke von dem Kläger auf jenen Weg gesetzt seien, überall nicht die Rede, und auch die in jetziger Instanz beigebrachte Bescheinigung drückt sich nur dahin aus: „Steer sei damit dem öffentlichen Wege so nahe gekommen, daß dieser bis auf etwa 18 Fuß eingeschränkt worden sei." Es handelt sich also in dem gegenwärtigen Rechtsstreit nicht darum, daß Kläger einen Theil des öffentlichen Weges, sondern lediglich darum, daß er ein Stück Landes, welches er als seine Holzhude, die Beklagte dagegen als die Freiweide der Gemeinde bezeichnet,

zu seiner ausschließlichen Benutzung mittelst Umfriedigung in Anspruch genommen hat. Wäre aber auch ein Stück des öffentlichen Weges eingefriedigt, so würde sich daraus gleichwohl eine Unschätzbarkeit des Streitgegenstandes nur dann ergeben, wenn die Passage durch den Anspruch des Klägers behindert oder in erheblicher Weise geschmälert würde. Ersteres ist überall nicht behauptet, und für Letzteres fehlt es, da nach der eigenen Angabe der Beklagten eine Wegesbreite von etwa 18 Fuß noch vorhanden ist, an jeder Angabe von Momenten, aus welchen sich das Hervortreten irgend welcher Unzuträglichkeiten entnehmen ließe.

---

12. Bremen.

Claus Mönnich zu Bremerhaven, Kläger, wider **A. D. J. Becker** Wittwe geb. **Schroeder** daselbst, Beklagte, Forderung aus einem Kaufcontracte betreffend.

---

1) Die Gesammtheit der contractlichen Leistungen des Verkäufers steht, wenn nichts anderes ausgemacht worden, zu der Zahlungspflicht des Käufers in dem Verhältnisse, daß die letztere aufgehoben werden darf, bis jene Leistungen erfüllt sind, und folgt aus der Verabredung eines Zahlungstages für den Kaufpreis allein nicht, daß der Käufer nach dem Eintritt des Zahlungstages unabhängig von den Leistungen des Verkäufers den Kaufpreis zu zahlen habe.

2) Nach der Bremischen Erbe- und Handfestenordnung vom 30. Juli 1860 kann der Verkäufer eines Immobile, wenn der Verkauf unter der Hand geschehen, begehren, daß der ganze Kaufpreis vom Käufer deponirt werde. Hat aber der Verkäufer schon einen Theil des Kaufpreises ausgezahlt erhalten, so kann er die Deposition des Kaufgeldrestes erst beanspruchen, wenn er die Tilgung der Belastungen des Immobile, soweit letztere über den Betrag des Kaufgeldrestes hinausgehen, herbeigeführt hat.

Rechtsfall. Kläger verkaufte mittelst Contracts vom 9. Septbr. 1861 sein Immobile No. 395 in Bremerhaven an den, während des Processes verstorbenen, Ehemann der Beklagten. In dem Kaufcontracte heißt es:

§ 2. Der Kaufpreis ist festgestellt auf 8500 ℔ Gold, die Zahlung geschieht mit 500 ℔ Gold bei der Lieferung, sodann übernimmt der Käufer die auf dem Immobile haftenden hypothekarischen Schulden ad 7000 ℔ Gold als eigene Schuld sofort bei der Lieferung; den Rest ad 1000 ℔ Gold bezahlt er am 1. Januar 1862 unter Vergütung von 5 % Zinsen vom Tage der Lieferung an gerechnet. — Bis zur Zahlung des vollständigen Kaufpreises reservirt der Käufer sich sein Eigenthumsrecht.

§ 3. Der Verkäufer legitimirt sich als Eigenthümer durch seinen Grundbrief vom 14. Februar 1852 und verspricht dies Immobile dem Käufer unter Angelobung rechtsüblicher Gewährschaft gerichtlich zu verlassen.

Bei der nach Bremischem Rechte eintretenden Abkündigung des verkauften Grundstücks ergab sich die Belastung desselben mit 8000 ℔ Gold handfestarischer Forderungen und einer anderweitigen Forderung von 500 ℔ Gold. Käufer, der bei der am 9. October 1861 erfolgten Lieferung 500 ℔ Gold an den Verkäufer baar gezahlt hatte, verweigerte jede weitere Leistung und stützte die der auf Erfüllung des Contracts gerichteten Klage des Verkäufers opponirte exceptio non adimpleti contractus auf obigen Sachverhalt und andere demnächst nicht weiter verfolgte Momente.

Das Obergericht zu Bremen verurtheilte in erster Instanz und in der Revisionsinstanz die Beklagte zur Zahlung des Kaufgeldrestes von 1000 ℔ Gold nebst Zinsen zu 5 % seit dem 9. October 1861, indem es die Einrede des Beklagten ad separatum verwies und in den Entscheidungsgründen der letzteren freistellte, die Zahlung zum gerichtlichen Depositum zu leisten.

Auf Appellation der Beklagten reformirte das Oberappellationsgericht und erkannte am 31. Januar 1865:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 9. Februar 1863, wie hiemit geschieht, aufzuheben und Kläger mit der wegen eines Kaufgeldrestes von 1000 ₰ Gold nebst Zinsen erhobenen Klage zur Zeit abzuweisen sei.

Die Hälfte der Kosten erster Instanz hat Kläger der Beklagten zu erstatten, während im Uebrigen die Proceßkosten gegen einander verglichen werden.

Entscheidungsgründe.

I. Durch die Nachweisungen der Beklagten in [15] act. des Obergerichts, aus denen hervorgeht, daß in dem Kaufcontracte vom 9. Sept. 1861 [1] ibid. Geestemünde irrthümlich als der Wohnort ihres verstorbenen Ehemannes angegeben worden, daß die Beklagte mit ihren Kindern die Gütergemeinschaft fortsetzt und eine Bevormundung ihrer Kinder nicht eingetreten ist, kann, da Kläger die Sachlegitimation der Beklagten nicht beanstandet, die betreffende Auflage des vorigen Erkenntnisses als erledigt angenommen werden, und kann es dahin gestellt bleiben, ob bei dem vorliegenden Zugeständnisse des Klägers eine solche Auflage von richterlichen Amtswegen statthaft war. Damit fällt die VIII. Beschwerde der Beklagten in jetziger Instanz hinweg.

II. Mit der I., II. und III. Beschwerde verlangt die Beklagte, daß die auf Zahlung eines Kaufgeldrestes von 1000 ₰ Gold nebst Zinsen zu 5 % seit dem 9. Octbr. 1861 erhobene Klage in Gemäßheit der von ihr vorgeschützten Einrede abgewiesen, eventuell angebrachter Maaßen abgewiesen werde, und faßt in der II. Beschwerde diese Einrede dahin zusammen: Kläger habe die Lassung des verkauften Erbes nicht bewirkt und sei zu deren Bewirkung nicht bereit und nicht im Stande, weil, nachdem er bereits einen Theil des Kaufpreises baar ausgezahlt erhalten habe, während der Abkündigungsfrist Angaben erfolgt seien, welche den Betrag des noch rückständigen Kaufgeldes übersteigen und die Lassung hindern. Die

vorigen Richter haben die Beklagte, unter Verweisung ihrer Einrede zur besonderen Ausführung, in die Zahlung des Kaufgeldrestes nebst Zinsen verurtheilt, indem sie in den Entscheidungsgründen darauf hinweisen, daß es der Beklagten freistehe, — womit auch Kläger sich zufrieden erklärt hat, — die Zahlung zum gerichtlichen Depositum zu leisten.

Das Obergericht macht im ersten Erkenntnisse geltend, die exceptio non adimpleti contractus setze voraus, daß die eingeklagte Leistung nach der Natur der Sache oder nach ausdrücklicher Verabredung von der Leistung des Klägers abhängig sei; dies lasse sich hier nicht annehmen, weil der Zahlungspflicht des Käufers ein bestimmter von Bewirkung der Lassung ganz unabhängiger dies beigefügt worden und daher die Einrede in den jetzigen Acten nicht verhandelt werden könne. Das Revisionserkenntniß bezieht sich auf diese Gründe und hebt weiter hervor, daß, wenn in einem Kaufcontracte über ein Bremisches Immobile etwas Anderes nicht ausgemacht worden, es als die Absicht der Contrahenten angesehen werden dürfe, daß Lieferung und Lassung von Seiten des Verkäufers, Zahlung und gesetzliche Mitwirkung bei der Lassung von Seiten des Käufers in einen Moment zusammenfallen, Zug um Zug erfolgen, also auch bei zurückbleibender Leistung des einen Contrahenten der andere Contrahent seine Gegenleistung zurückhalten könne; aber durch den Contract könne etwas Anderes bestimmt, die Lieferung von der Lassung losgerissen und für die Zahlung des Kaufpreises ein anderer Termin als der der Lassung festgesetzt werden und, wenn dieses geschehen, so dürfe die Leistung nicht zurückgehalten werden, welche nach dem Contracte von der Gegenleistung nicht abhängig sein solle. Dergleichen abweichende Bestimmungen über die Lieferung, die Zahlung des Kaufpreises und die Lassung seien im vorliegenden Falle durch den Kaufcontract vereinbart, und die Beklagte könne sich nicht beschweren, wenn ihr Versuch, die in Ermangelung solcher besonderer Verabredungen anwendbaren Rechtsbehelfe für sich geltend zu machen, zurückgewiesen und sie namentlich zur Zahlung der auf den

1. Jan. 1862 versprochenen, also längst fälligen 1000 ₰ angehalten werde. Der Umstand, daß die Zahlung dieser 1000 ₰ nicht wie die der 500 ₰ auf den Moment der Lieferung, sondern so viel später festgesetzt worden, daß inzwischen die Abkündigung füglich habe erfolgt sein können, berechtige die Beklagte nicht, die Zahlung wegen nicht erfolgter Lassung vorzuenthalten, da vertragsmäßig die Zahlungspflicht eben ganz allein von dem Eintritt des vereinbarten Termins abhängig gemacht sei.

III. Diesen Ausführungen konnte nicht beigetreten werden.

1) Die Gesammtheit der dem Verkäufer contractlich obliegenden Leistungen steht, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, zu der Zahlungspflicht des Käufers rechtlich in dem Verhältnisse, daß die letztere aufgeschoben werden darf, bis jene Leistungen vollständig erfüllt sind, und macht auch die Lassung eines Immobile hievon keine Ausnahme, insbesondere dann nicht, wenn dieselbe, wie hier, (im § 3 des Kaufcontracts) ausdrücklich als Gegenleistung vom Verkäufer versprochen worden. Daß das Versprechen der Lassung getrennt von den im § 2 des Contracts enthaltenen Stipulationen über Lieferung und Kaufpreisentrichtung erst im § 3 nachfolgt, vermag offenbar an dem rechtlichen Verhältnisse derselben zur Zahlung des Kaufpreises nichts zu ändern, da die sämmtlichen Contractsbestimmungen als ein Ganzes anzusehen sind. Das Obergericht folgert nun lediglich aus der Verabredung eines festen Zahlungstages für den Kaufpreis, daß es der Wille der Contrahenten gewesen, die Zahlungspflicht des Käufers von den Leistungen des Verkäufers unabhängig zu machen und aus ihrer Wechselbeziehung loszulösen. Diese Folgerung wäre allerdings begründet, wenn bis zu dem festgesetzten Zahlungstage die dem Verkäufer obliegenden Leistungen sich nicht vollständig hätten erfüllen lassen. So liegt aber die Sache hier nicht. Vom 9. Septbr. 1861 (dem Tage des Vertragsabschlusses) bis zum 1. Jan. 1862 ließ sich nicht bloß die Uebergabe (Lieferung) des Immobile, sondern auch die Lassung mit allen vorgeschriebenen Förmlichkeiten sehr gut

vollziehen. Ist dies der Fall, so hat man keinen Grund, der Festsetzung des Zahlungstages eine andere Bedeutung beizu- legen, als ihr sonst präsumtiv zukommt, nämlich die der ein- fachen Hinaussetzung der Fälligkeit der Forderung zu Gunsten des Zahlungspflichtigen. Sollte der dies zugleich zum Nachtheil des Schuldners gereichen, so müßten anderweitige Momente vorhanden sein, die dies als Absicht der Contrahenten erkennen ließen. Daran fehlt es hier gänzlich und ergiebt sich, daß das Rechtsverhältniß der Contrahenten am 1. Jan. 1862 in die Lage versetzt wurde, in welcher es von Anfang an gewesen wäre, wenn es an der Festsetzung eines dies solutionis für den Kaufpreis gefehlt hätte. Daran, daß der dies lediglich zum Besten des Käufers festgesetzt worden, wird auch offenbar durch den Umstand nichts geändert, daß die Hinaussetzung des dies solutionis hinsichtlich der Verzinsung des Kaufpreises dem Schuldner keinen Vortheil brachte, da er durch die Lie- ferung die vollständige Nutzung des gekauften Immobile erlangte, mithin die von diesem Zeitpunkte an erfolgende Verzinsung des Kaufpreises nur als ein dieser Nutzung ent- sprechendes Aequivalent erscheint, und daneben ein wesent- liches Interesse des Käufers darin bestand, einen Theil des Kaufpreises nicht früher schuldig zu werden, als nach einer zur Bewirkung der Lassung hinreichenden Frist, zumal ihm durch die inzwischen bewirkte Lassung die Herbeischaffung der Geldmittel erleichtert wurde. Daß auch Kläger zur sofortigen Bewirkung der Lassung sich verpflichtet gehalten, geht aus seiner eigenen Anführung hervor: er habe die Abkündigung des verkauften Immobile zeitig befördert, aber es sei die Lassung durch eine von J. C. B. Meyer in Bremen profitirte Forderung gehindert worden.

Hiernach muß angenommen werden, daß hinsichtlich der Abhängigkeit der Leistungen von den Gegenleistungen durch den Kaufcontract nichts Besonderes bestimmt worden, und daß vom 1. Jan. 1862 an jeder Theil, um mit Erfolg klagen zu können, erst seinerseits erfüllen oder gehörig offeriren mußte. Daß Kläger aber Dasjenige, was er an seiner Theile zur

Bewirkung der Lassung zu prästiren hat, bisher nicht in rechtlich wirksamer Weise offerirte, kann er selbst nicht bestreiten, da er sich zwar ausdrücklich erbietet, die Lassung mit zu bewirken, aber nicht in Abrede stellt, daß das von ihm zu beseitigende Hinderniß, welches die bereits früher beabsichtigte Lassung bisher vereitelt hat (die Anmeldung von 500 ℛ︀ durch Meyer), noch fortbesteht, und seine Behauptung, dieses zeitweilige Hinderniß sei immer zu beseitigen, offenbar nicht in Betracht kommen kann.

2) Wollte man aber auch diese Annahme nicht statuiren, so würde immer noch nicht mit dem Obergerichte zu behaupten sein, daß der Käufer unter allen Umständen zur Zahlung der fraglichen 1000 ℛ︀ nebst Zinsen am 1. Januar 1862 verpflichtet war. Es wird vielmehr zu erwägen sein, ob nicht die Einwendung der beklagten Partei, welche sie schon in den Exceptionen dahin formulirt: Kläger habe, bevor er eine fernere Zahlung beanspruchen könne, für Reinigung des Professionsprotocolls zu sorgen,

vergl. [5] Act. des Obergerichts —

für wohl begründet zu erachten ist.

Der Kläger als Verkäufer ist verpflichtet, dafür aufzukommen, daß die Voraussetzungen, unter denen der Käufer die Zahlung des Kaufpreises versprach, ganz so vorhanden sind, wie der über die Berichtigung des Kaufpreises redende § 2 des Kaufcontracts besagt. Durch den § 2 aber, welcher den Käufer zu einer Baarzahlung von 1500 ℛ︀ und zur Uebernahme von 7000 ℛ︀ Hypotheken verpflichtet, womit der ganze Kaufpreis von 8500 ℛ︀ erschöpft ist, versprach der Verkäufer entweder, daß nur 7000 ℛ︀ auf dem verkauften Hause haften, oder, wenn das Haus für eine größere Summe, sei es wegen handfestarischer Pöste oder durch Profession sonstiger Forderungen verhaftet wurde, daß er die Tilgung der fraglichen Pöste bis auf die contractsmäßige Summe von 7000 ℛ︀ bewirken würde. Mit anderen Worten: der Kläger verpflichtete sich zu einer Baarzahlung an den Verkäufer nur, wenn er in der Lage war, lediglich 7000 ℛ︀ als seine Schuld

zu übernehmen, weil der Verkäufer, der sich 1500 ₰ Baarzahlung versprechen ließ, ihm contractsmäßig nur 7000 ₰ fremde Forderungeu aufbürden durfte. Diese rechtliche Lage der Sache wird selbstverständlich dadurch nicht alterirt, daß zu Gunsten des Käufers für einen Theil des Kaufpreises ein Zahlungsaufschub im Contracte vereinbart wurde. Selbst wenn der Contract bestimmt hätte, daß Käufer sofort bei der Lieferung 7000 ₰ Hypotheken als seine Schuld zu übernehmen und den ganzen Kaufgeldrest von 1500 ₰ baar zu zahlen habe, wäre der Käufer berechtigt gewesen, die Baarzahlung zurückzuhalten, sobald sich herausstellte, daß das Haus wegen 8500 ₰ verhaftet sei.

Da nun Kläger zugesteht, daß das Haus wegen 8500 ₰ theils aus handfestarischen Forderungen, theils aus Professa verhaftet worden, so kann die Beklagte, so lange dieser sie benachtheiligende Zustand dauert, nicht verurtheilt werden, die noch restirenden 1000 ₰ an den Verkäufer zu zahlen.

Auch zur Zahlung von Zinsen ist die Beklagte für jetzt nicht verpflichtet. Denn wenn sie sich auch seit der Uebergabe des Hauses in der vollständigen Nutzung desselben befindet, ohne doch den Kaufpreis ganz gezahlt zu haben, und daher auch ganz abgesehen von den contractlichen Bestimmungen die Zinsen auf den Kaufgeldrest seit der Lieferung des Hauses schon in Gemäßheit gesetzlicher Vorschrift schuldet,

L. 13. § 20. D. de act. empt. (19, 1.)
L. 5. C. eod. (4, 49) —

so kann doch Beklagte, da bereits 500 ₰ baar an den Käufer auf den Kaufpreis bezahlt worden und 8500 ₰ auf dem verkauften Hause haften, während contractlich dasselbe nur mit 7000 ₰ belastet sein sollte, so lange dieser contractlich vorausgesetzte Zustand nicht hergestellt worden, zu ihrer Sicherheit jede weitere Leistung innerhalb der Summe von 1500 ₰ verweigern, mithin auch die Zinsen des Kaufgeldrestes von 1000 ₰ einbehalten, bis dieselben die Summe von 500 ₰ erreichen werden.

Arg. L. 13. § 8. D. de act. emti. vend. (19, 1.)

3) Es fragt sich weiter, ob die Verurtheilung der Beklagten auf Grund der Bestimmungen der Bremischen Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 etwa in der Form zulässig sei, daß ihr aufgegeben wird, den Kaufgeldrest von 1000 ₰ nebst Zinsen zum gerichtlichen Depositum zu zahlen. Nach den einschlagenden Bestimmungen der Erbe- und Handfesten-Ordnung ist, soweit es die Veräußerung unter der Hand angeht, die Berichtigung des Kaufpreises in zweierlei Weise ausführbar. Entweder der Käufer deponirt den Kaufpreis, um die Tilgung der Handfesten und der Professa selbst zu bewirken. Oder der Käufer zahlt an den Verkäufer, indem er demselben das Vertrauen schenkt, daß derselbe die auf dem Immobile haftenden Ansprüche Dritter richtig angegeben habe oder doch die Richtigkeit dieser Angaben herstellen werde. In dem letzteren Falle ist, um die Befreiung des Immobile von den profitirten Ansprüchen zu bewirken, die Einwilligung der Profitenten erforderlich, welche der Verkäufer herbeizuführen hat.

Erbe- und Handf.-Ordn. § 52 u. § 60.

Das Gesetz scheint von der Voraussetzung auszugehen, daß der g a n z e K a u f p r e i s zur Deposition gebracht werden muß, weil nur in diesem Falle die Wirkungen des § 52 cit., daß die Verhaftung des Immobile für die handfestarischen und sonstigen Forderungen wegfällt, vollständig eintreten können.

Vergl. auch E.- u. H.-O. § 11.

Ist dies die Meinung des Gesetzes, so kann der Kläger, welcher bereits die B a a r z a h l u n g eines Theils des Kaufpreises a n g e n o m m e n hat, die Deposition des Kaufgeld r e s t e s überall nicht mehr begehren. Aber auch, wenn man die bezüglichen Vorschriften der Erbe- und Handfesten-Ordnung dahin verstehen will, daß der Verkäufer, welcher bereits einen Theil des Kaufpreises erhalten hat, berechtigt ist, statt der Baarzahlung des Kaufgeld r e s t e s die Deposition desselben zu verlangen, damit dieser auf die angemeldeten Forderungen adjudicirt werde, so liegt doch in diesem Falle, wenn der Betrag der Professa größer ist, als der noch in Frage stehende Kaufgeldrest, dem Verkäufer die Verpflichtung ob, das Grundstück

von dem Mehrbetrage der Schulden zu befreien und dies nachzuweisen, also den Verzicht der betreffenden Gläubiger hinsichtlich ihrer Professa beizubringen. Beide Theile also wären in einem solchen Falle verpflichtet, zur Reinigung des Professionsprotocolles mitzuwirken. Der Kläger mußte daher, um mit Erfolg klagen zu können, mit seiner Leistung vorangehen, und begehrt die Beklagte mit Recht, daß Kläger erst die Tilgung des in 500 ₰ bestehenden Mehrbetrages der Belastung des verkauften Hauses herbeiführe, ehe er auf Deposition des Kaufgeldrestes dringen könne.

IV. Nach dem Ausgeführten ist die Einrede der Beklagten, womit sie vorläufig jede weitere Erfüllung des Kaufcontracts ihrerseits ablehnt, für begründet zu erachten, und da auch die Thatsachen, auf welche die Beklagte ihre Einrede stützt, unter den Parteien nicht bestritten sind, so lag kein Grund vor, diese Einrede ad separatum zu verweisen; es war vielmehr in Gemäßheit derselben die erhobene Klage zur Zeit abzuweisen, womit zugleich die übrigen eventuellen Beschwerden der Beklagten sich erledigen.

V. Wenn auch die Klage zur Zeit abgewiesen werden mußte, so war doch Kläger, da die beklagte Partei in erster Instanz noch weiter gehende in den Acten verhandelte Einwendungen gegen die Klage vorgeschützt hat, welche von ihr demnächst aufgegeben sind, nur in die Hälfte der Kosten erster Instanz zu verurtheilen, während die andere Hälfte dieser Kosten, so wie wegen des Wechsels der Entscheidungen die Kosten der vorigen und der jetzigen Instanz zu compensiren waren.

13. Hamburg.

Chr. D. S. Gerrits zu Hamburg, Querulant, die Unterbringung seiner minderjährigen Tochter betreffend. (Extrajudicial-Appellation.)

Competenz des Oberappellationsgerichtes. Wenn demselben in einer Sache keine Entscheidung in appellatorio eingeräumt ist, so macht auch der Fall, wo wegen Verwerfung einer Nichtigkeitsbeschwerde Berufung ergriffen wird, keine Ausnahme davon.

Rechtsfall: G. hatte gegen zwei, auf Anlaß eines zwischen ihm und seiner geschiedenen Ehefrau anhängigen Rechtsstreites wegen der einstweiligen Unterbringung seiner minderjährigen Tochter, von der Vormundschafts-Deputation getroffene Verfügungen beim Obergericht die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, und appellirte gegen die Verwerfung dieses Rechtsmittels an das O.-A.-Gericht.

Oberappellationsgerichtliches Erkenntniß vom 16. Februar 1865.

In Erwägung

1) daß der § 34 der Oberappellationsgerichts-Ordnung die näheren Bestimmungen über die Competenz des O.-A.-Gerichts für Extrajudicialappellationen der Gesetzgebung der einzelnen freien Städte überlassen hat;

2) daß nach Art. 106 und 107 der Hamburgischen Vormundschaftsordnung von 1831 und 1844 in denjenigen Fällen, wo die Vormundschaftsdeputation in erster Instanz eine Verfügung getroffen hat, jede Competenz des O.-A.-Gerichtes als Appellationsinstanz für ausgeschlossen erachtet werden muß, indem bei allen Beschwerden über solche Verfügungen das Obergericht allein dergestalt als höhere Instanz angeordnet ist, daß, wenn dasselbe confirmatorisch spricht, es dabei sein Bewenden behalten, im Fall einer abändernden Entscheidung aber nur noch das Rechtsmittel der Restitution

stattfinden und darüber vom Plenum des Obergerichts unabänderlich erkannt werden soll;

3) daß, wenn dem O.-A.-Gericht in einer Sache überhaupt keine Entscheidung in appellatorio eingeräumt worden ist, auch der Fall, wo die Verwerfung einer gegen Verfügungen erster Instanz erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde den Gegenstand der Appellation bildet, davon nicht ausgenommen werden kann, wie dies noch vor Kurzem in der Proceßsache des jetzigen Appellanten gegen seine geschiedene Ehefrau in dem Urtheil vom 20. Juli vorigen Jahres ausgesprochen worden ist;

4) daß bei der hiernach klar vorliegenden Unstatthaftigkeit der Appellation die, ohne die Voracten des Obergerichts nicht vollständig zu beurtheilenden Formalien dahin gestellt bleiben können;

erkennt das Oberappellations-Gericht der vier fr. St. D. für Recht:

daß die wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 7. Januar 1865 ergriffene Appellation, wenn auch die Förmlichkeiten derselben gewahrt sein sollten, wie hiemit geschieht, als unstatthaft zu verwerfen, und der Appellant in die dadurch verursachten Kosten zu verurtheilen sei.

Bremen. 14.

Untersuchungssache wider die Eisenbahn-Angestellten H. J. Arends, F. W. Schäfer und D. Haake wegen angeschuldigten Verbrechens gegen die Sicherheit des Eisenbahnbetriebes.

Rechtsfall: Dem am 24. Sept. 1862 auf der Bremen-Hannover'schen Eisenbahn in der Richtung nach Hannover von Bremen um 7 U. 14 M. p. M. (zu einer Zeit völliger Dunkelheit) expedirten Personenzuge folgte in gleicher Richtung unmittelbar nach seiner Abfahrt ein Extra-Güterzug, geführt von dem Inculpaten Schäfer als Locomotiv- und dem Inculpaten Arends als Zugführer. Auf der ersten, auf

Bremer Gebiet belegenen, etwa $^3/_4$ Meilen von Bremen entfernten Station Sebaldsbrück erreichte der nachfolgende Güterzug den vorher abgegangenen, an dieser Station noch haltenden Personenzug und stieß auf denselben, wodurch eine nicht unerhebliche Verletzung von Personen und ein ziemlich beträchtlicher Schaden an Wagen, Geräthe u. s. w. herbeigeführt ward.

Auf von der Betriebsdirection des Bremer Bahnhofs an die General-Direction zu Hannover erstatteten, deßfallsigen Bericht forderte diese Letztere den Bremer Eisenbahn-Commissair, Senator Albers auf, die Einleitung einer Untersuchung zu veranlassen.

Dies geschah, und zwar endigte die Untersuchung, welche ihre Richtung gegen die drei in rubro aufgeführten Personen genommen hatte, damit, daß der Angeklagte Haake (Weichenwärter zu Sebaldsbrück) in Betreff der unterlassenen Signalisirung des Personenzuges freigesprochen, die Mitangeklagten Arends und Schäfer durch Erkenntniß des Bremer O.-Gerichts vom 11. Juli 1863 dagegen einer groben Fahrlässigkeit für schuldig erkannt und deßhalb in eine Gefängnißstrafe von resp. $1^1/_2$ und 2 Jahr Gefängniß, so wie solidarisch in die Kosten der Untersuchung verurtheilt wurden.

Als in Folge der Berufung der Inculpaten die Sache an das O.-A.-G. gelangte, verfügte dieses Letztere zunächst durch Instructorium vom 15. Oct. 1863 (aus welchem das Nähere unten mitzutheilen ist) eine Wiederaufnahme resp. Vervollständigung der Untersuchung, und sprach sodann auf die in solcher Weise vervollständigt wieder eingegangenen Acten beide Angeklagten durch Erkenntniß vom 21. Febr. 1865 sowohl von Strafe als auch von Ersatz der Untersuchungskosten frei.

---

1) Erkenntniß des Bremer Ober-Gerichts vom 11. Juli 1863.

Daß die Inculpaten Harm Jan Arends und Friedrich Wilhelm Schäfer einer groben, für Menschen und Sachen bei deren Beförderung auf der Eisenbahn Gefahr bringenden

Fahrlässigkeit, welche am 24. September 1862 bei Sebaldsbrück einen Unfall verursacht hat, in Folge dessen eine Person verletzt und ein beträchtlicher Schaden an dem Betriebs-Material der Eisenbahn herbeigeführt ist, für schuldig zu erkennen, und deshalb in eine Gefängnißstrafe, welche für Friedrich Wilhelm Schäfer auf zwei Jahre, für Harm Jan Arends auf achtzehn Monate zu bemessen ist, so wie solidarisch zum Ersatz der Kosten der Untersuchung, nicht minder jeder der beiden Coinculpaten in die Kosten seiner Haft zu verurtheilen seien;

daß dagegen der Coinculpat Diedrich Haake von der wider ihn erhobenen Anschuldigung kostenlos freizusprechen sei.

Am 24. Septbr. 1862 erfolgte auf der Station Sebaldsbrück der Hannover-Bremer Eisenbahn im Bremischen Gebiete ein Zusammenstoß zweier Züge, indem auf den zur fahrplanmäßigen Zeit, um 7 Uhr 10 Minuten Abends, von Bremen abgegangenen, in Sebaldsbrück haltenden Personenzug ein demselben nachfolgender Extra-Güterzug von 28 Güterwagen-Axen aufrannte. Durch diesen Zusammenstoß ist eine Person erheblich verletzt und ein beträchtlicher Schaden am Betriebs-Material der Eisenbahn verursacht.

Da der Unfall nach den vorläufigen Ermittelungen durch ein Verschulden verschiedener Eisenbahn-Beamten herbeigeführt zu sein schien, auf welches die Verordnung vom 26. Novbr. 1849 in Anwendung zu bringen sei, ist dieserhalb eine Criminaluntersuchung eröffnet worden. Nach derselben hat sich herausgestellt, daß, nachdem der Personenzug den hiesigen Bahnhof verlassen hatte, alsbald (ungefähr 1½ Minuten später) der Güterzug hinter demselben herfuhr, sowie daß die Bremsen auf letzterem nicht besetzt waren, und daß vor der Station zu Sebaldsbrück ein Haltesignal nicht gegeben war, so daß, als der daselbst noch haltende Personenzug von den auf der Maschine des Güterzugs befindlichen Personen wahrgenommen wurde, dieser nicht mehr zum Stehen gebracht werden konnte.

Durch das Zuſammenwirken dieſer Umſtände iſt der Unfall herbeigeführt. Es wird ſich daher fragen, ob und wieweit dieſelben in rechtswidrigem Handeln oder Unterlaſſen ihren Grund haben und wem ein ſolches zur Schuld anzurechnen ſei.

1. Das zu raſche Folgen des Güterzuges auf den Perſonenzug enthielt eine Ordnungswidrigkeit, indem nach den für das Folgen zweier Züge auf demſelben Gleiſe aufgeſtellten Vorſchriften ein nachfolgender Zug von ſeinem Standorte nicht eher abfahren darf, bis von der Zeit der Abfahrt des in derſelben Richtung voraufgegangenen Zuges bei Tage vier, bei Dunkelheit acht Minuten verfloſſen ſind; ferner wenn der nachfolgende Zug dem vorangegangenen Zuge auf der offenen Bahn in eine größere Nähe kommen ſollte, als ſolche bei Einhaltung der vorgeſchriebenen ſpäteren Abfahrtszeit vorauszuſetzen, er jedenfalls um zwei Telegraphenſtationen hinter demſelben zurückbleiben ſoll, und endlich der Führer, wo er den vorangehenden Zug wegen der Curven oder des Terrains oder wegen eintretender Dunkelheit oder trüben Wetters aus dem Geſichte verliert, langſamer fahren muß, um nöthigenfalls ohne Schwierigkeit ſogleich anhalten zu können,

Dienſtanweiſung für Locomotivführer [6] § 19.
Dienſtanweiſung für Oberſchaffner (Zugführer) [20] § 43.

und dieſe Vorſchriften nicht beachtet ſind. Verantwortlich dafür erſcheint zunächſt der Coinculpat Locomotivführer Fr. W. Schäfer, da er als Locomotivführer die Leitung der Maſchine des nachfolgenden Güterzuges hatte und in ſeiner Inſtruction die gedachten Vorſchriften ſich ausgedrückt finden. Derſelbe behauptet aber von dieſer Verantwortlichkeit frei zu ſein, weil die Vorſchriften des § 19 ſeiner Inſtruction hinſichtlich des Zeitraumes von acht Minuten, welcher verfloſſen ſein müſſe, ehe der zweite Zug dem erſten folgen dürfe, längſt obſolet geworden ſeien, und weil der Coinculpat Arends den Güterzug als Zugführer begleitet und die Abfahrt angeordnet habe, welcher Anordnung, als der des Vorgeſetzten, von Seiten des Locomotivführers Folge zu leiſten geweſen ſei.

Die erſte dieſer Entſchuldigungen findet durch die Ausſage des Zeugen Büte,

Prot. S. 21,

allerdings einige Unterſtützung. Gegenüber jedoch der amtlichen Beſcheinigung der General-Direction der Eiſenbahnen und Telegraphen in [18], ſowie der Ausſage der oberen Beamten am hieſigen Bahnhofe, des Betriebs-Directors Hartmann und des Bahnhofsverwalters Barber,

Prot. S. 35 in fine,

von denen der Erſtere dem Schäfer die angeführte Beſtimmung ausdrücklich vorgehalten hat, ohne daß der Inculpat dem gegenüber ſich auf dieſe Entſchuldigung berufen hat, kann dieſelbe nicht in Betracht kommen.

Was die andere Entſchuldigung anlangt, ſo ergiebt ſich aus den Acten dieſerhalb Folgendes:

An dem Abend des 24. Septbr. fungirte für den Bahnhofsverwalter, als ſolcher, der Aſſiſtent Pleuß. Dieſer hatte vor Abgang des Perſonenzugs auf dem Perron des Bahnhofes dem Bremſer H. J. Arends geſagt, er, Arends, müſſe als der Aelteſte den Zug nach Sebaldsbrück annehmen und ſolle noch einen Mann mitnehmen, hatte dann dem Arends die Papiere für den Zug eingehändigt und bemerkt, wenn der Perſonenzug abgefahren ſei, könne er folgen. Arends beſtieg darauf mit den Papieren die Maſchine, welche Schäfer inzwiſchen vor den Güterzug geſetzt hatte. Auf die Frage des als Feuermann auf derſelben ſich befindenden J. H. C. Duckſtein, „ob ſie fertig ſeien", bejahte Arends dies; wie der Zeuge Duckſtein anführt, ſetzte Arends noch hinzu: „Vorwärts"! — worauf der Zug in Bewegung geſetzt wurde. Der Zeuge Pleuß, welcher nach Expedition des Perſonenzuges den Güterzug noch revidiren wollte, fand ſich dazu nicht im Stande, weil der Güterzug ſchon in Bewegung war, als der Perſonenzug erſt vom Bahnhofe bis zum Kirchhofe gekommen war. Pleuß will bei ſeiner dem Arends gemachten Aeußerung, daß er mit dem Güterzuge abfahren könne, wenn der Perſonenzug expedirt ſei, noch hinzugefügt haben: „und wenn

Alles in Ordnung ist", so wie, daß „er noch herumkommen wolle." Arends seinerseits leugnet, dem Schäfer gesagt zu haben, er solle abfahren; allein nach der Aussage der Zeugen Bose und Duckstein ist es als erwiesen anzunehmen, daß er wenigstens eine Aeußerung gethan habe, welche dahin ging, daß Alles zur Abfahrt fertig sei.

Der Coinculpat Schäfer will nun aus dem Umstande, daß Arends mit den Papieren die Maschine bestieg und die eben gedachte Aeußerung that, sich für berechtigt gehalten haben, den Arends als seinen Zugführer anzusehen und für verpflichtet, der Anweisung desselben zur sofortigen Abfahrt nachzukommen. Allein Beides mit Unrecht. Denn was ersteres anlangt, so durfte nach dem entschiedenen Ausspruche aller Oberbeamten,

der Generaldirection in [18]
des Directors Hartmann, Prot. S. 6.
des Bahnhofsverwalters Barber, Prot. S. 3.
des Assistenten Pleuß, Prot. S. 13,

der Locomotivführer den Bremser Arends nicht als den Zugführer ansehen oder dies doch nur dann, wenn er ihm ausdrücklich als solcher vorgestellt wäre. Jedenfalls involvirte es eine Fahrlässigkeit, wenn Schäfer sich nicht wenigstens bei Arends selbst erkundigte, ob dieser angewiesen sei, als Zugführer zu fungiren. Ebenso wenig aber durfte Schäfer, auch wenn er den Arends irrthümlich als Zugführer angesehen, ohne sich dem Vorwurfe einer Fahrlässigkeit auszusetzen, auf die nicht einmal ihm direct ertheilte Anweisung, sondern nur auf die Frage des Feuermanns gegebene Antwort des Arends hin, seiner Instruction zuwider vor Ablauf der vorschriftsmäßigen Frist abfahren, indem nicht nur er sich bewußt sein mußte, daß dadurch eine bedeutende Gefahr — zumal in der Dunkelheit — herbeigeführt werde, und nicht hätte unterlassen dürfen, wenigstens durch eine desfallsige Bemerkung oder Frage an die Gefahr zu erinnern und derselben thunlichst vorzubeugen, sondern auch er gradezu gegen seine Instruction verfuhr, welche im § 26 ihm vorschreibt, daß der Locomotiv-

führer für die Abfahrt einer ſolchen Locomotive, welche nicht die fahrplanmäßigen oder regelmäßig angeordneten Züge führt, oder nicht etwa auf Anordnung, resp. Anforderung des Bahnhofsvorſtandes ſelbſt in Bewegung geſetzt wird, die beſondere Gutheißung des Bahnhofsvorſtandes zur Abfahrt haben oder einholen muß, es ſei denn, daß ein dem Bahnhofsvorſtande vorgeſetzter Beamter einen ſolchen Zug oder eine ſolche Locomotive abfahren läßt, in welchem Falle dieſer Vorgeſetzte dafür zu ſorgen hat, daß der Bahnhofsvorſtand von der verfügten Abfahrt in Kenntniß geſetzt werde. Dies beſtätigen auch Barber und Hartmann, und iſt in Uebereinſtimmung damit im § 3 der Dienſtanweiſung [6] der Zugführer nur als Vorgeſetzter des Locomotivführers während der Reiſe bezeichnet.

Hienach kann, da Schäfer wußte, daß Arends als Bremſer jedenfalls nur ein untergeordneter Beamter war, und er ſich daher überzeugen mußte, daß die inſtructionswidrige raſchere Abfahrt von dem Bahnhofsvorſtande (in concreto Pleuß) angeordnet ſei, er ſchon um deswillen von dem Vorwurfe einer Fahrläſſigkeit nicht freigeſprochen werden, wenn er, ohne irgend weitere Erkundigung über die Genehmigung oder Anordnung der Abfahrt von Seiten des Bahnhofsverwalters einzuziehen, ſich bei der Annahme, Arends ſei der Zugführer, beruhigte und nachdem Arends mit den Papieren auf die Maſchine geſtiegen war, dem voraufgegangenen Zuge folgte. Ob Arends ſelbſt ſich als Zugführer angeſehen oder nicht und welchen Grund dieſer ſelbſt dafür gehabt haben mag, iſt für die Frage, welche Verantwortlichkeit den Coinculpaten Schäfer trifft, nicht von Gewicht, da Letzterer ſeine desfallſige Annahme nur aus den obengedachten dazu nicht berechtigenden Umſtänden ſchöpfte. Ebenſo bedarf es kaum der Bemerkung, daß die Entſchuldigung Schäfers, er habe annehmen müſſen, daß Arends als Zugführer die richtige Abgangszeit angegeben habe, und ſei deshalb, ohne genau darauf zu achten, ob die acht Minuten bereits verſtrichen geweſen ſeien, abgefahren, nichts auf ſich hat, da es ihm nicht ent-

gehen konnte, daß seit Abfahrt des Personenzuges höchstens eine bis zwei Minuten verstrichen waren, der erhebliche Unterschied zwischen der vorgeschriebenen und wirklich eingehaltenen Zwischenpause also sehr auffallend und bemerklich war.

Diesemnach war Schäfer weder berechtigt, den Arends als Zugführer anzusehen, noch selbst, wenn er dazu wirklich besseren Grund gehabt hätte, ohne Weiteres auf dessen Aeußerung hin abzufahren.

Es sind also die beiden von ihm vorgebrachten Entschuldigungen für triftig keineswegs zu halten.

Außer dem zu frühzeitigen Abfahren aus dem Bahnhofe trifft den Coinculpaten Schäfer aber auch noch der Vorwurf, daß er sich nicht in einer solchen Entfernung von dem voraufgehenden Zuge gehalten hat und so langsam gefahren ist, daß er ohne Schwierigkeit sogleich anhalten konnte. Dies ist durch den § 19 der Instruction ausdrücklich vorgeschrieben und im § 16 daselbst bei Extrafahrten ganz besondere Vorsicht dem Locomotivführer geboten, der unter Umständen sogar anzuhalten und eine Untersuchung, ob ohne Gefahr weiter gefahren werden könne, vornehmen zu lassen angewiesen ist, namentlich wenn wegen Krümmungen der Bahn oder Dunkelheit die Bahn oder die Uebergänge nicht übersehen werden können.

Wie Schäfer nun selbst angiebt,

[3] pg. 5,

und Duckstein

Prot. S. 27,

bestätigt, hat er von dem vorangehenden Personenzuge Nichts mehr gesehen. Er hat zwar dem Feuermann den Auftrag gegeben, gut aufzupassen, weil der Personenzug vor ihnen sei, allein es kann das nicht als die genügende Erfüllung seiner Pflicht angesehen werden, da er doch nicht so langsam gefahren ist, daß er sogleich ohne Schwierigkeit hätte anhalten können. Nach seiner und der Angabe Ducksteins und des Weichenwärters Haake ist die Schnelligkeit der Fahrt nicht so bedeutend gewesen, daß nicht, wenn Bremser auf den

Wagen geweſen wären, das Unglück hätte verhütet werden können.

Allein dieſe Anſicht auch als richtig angenommen, ſo liegt ſchon darin ein Verſehen, daß Schäfer mit der gewöhnlichen Geſchwindigkeit gefahren iſt, was daraus erſichtlich iſt, daß er auf den Perſonenzug, welcher in Sebaldsbrück zwei Minuten Aufenthalt hat,

Prot. S. 21 in fine,

traf, als dieſer erſt etwas länger als eine Minute daſelbſt gehalten hatte,

cf. [3] Nr. 5. 6,

während er die dringendſte Veranlaſſung in ſeiner Inſtruction und durch die obwaltenden Umſtände hatte, beſonders langſam zu fahren, indem er wußte, daß er nach ſehr kurzem Zwiſchenraume dem Perſonenzug gefolgt war, und er ſich, als er in der Dunkelheit dieſen nicht ſah, nicht mit dem Gedanken beruhigen durfte, der Zug ſei ſchon weiter voraus.

Schäfer macht dabei, wie auch für die Nothwendigkeit des früheren Abfahrens von Bremen als Entſchuldigungsgrund noch geltend, daß er mit der leeren Maſchine in Eyſtrup mit dem Perſonenzuge von Hannover habe kreuzen und deshalb dem Perſonenzuge möglichſt raſch habe folgen müſſen. Der Maſchinenverwalter Büte beſtätigt dies inſofern, als er angiebt, es ſei durchaus Regel, daß die Kreuzung in Eyſtrup ſtattfinde. Dagegen erklärt der Bahnhofsverwalter Barber, daß der Güterzug durchaus keine Eile gehabt habe und die Kreuzung ſo gut wie in Eyſtrup auf irgend einer andern Unterſtation habe erfolgen können. Daß es nicht nothwendig geweſen ſei, mit der Maſchine den Hannover-Zug in Eyſtrup zu kreuzen, geben Schäfer, ſo wie Büte, zu. Es kann daher für Schäfer der Umſtand, daß der Regel nach in gewöhnlichen Fällen die Kreuzung in Eyſtrup geſchieht, allerdings wohl einigermaßen entſchuldigend angeſehen werden, aber doch nicht ſo weit, um ihn gänzlich von dem Vorwurfe, daß er es an der gehörigen Ueberlegung und Sorgfalt habe fehlen laſſen, die er in dem concreten Falle hätte anwenden müſſen (wodurch

eben die Fahrläſſigkeit begründet wird), freizuſprechen, ſondern nur ſo weit, um die Fahrläſſigkeit resp. Pflichtverletzung hinſichtlich dieſes Punktes als nur geringeren Grades erſcheinen zu laſſen.

Die erſte der oberwähnten Urſachen, welche den Unfall herbeigeführt haben, das zu raſche Folgen des Güterzugs auf den Perſonenzug, iſt demnach vorzugsweiſe einer Verſchuldung des Coinculpaten Schäfer beizumeſſen. Daneben trifft aber, wenngleich in weit geringerem Grade, den Coinculpaten Arends eine Verſchuldung wegen des zu frühen Abfahrens des Güterzuges. Wie ſchon erwähnt, will er zwar nicht die Abfahrt angeordnet haben, allein er beſtreitet doch nicht die Aeußerungen, welche durch die Ausſagen der Zeugen Duckſtein und Boſe erwieſen ſind. Wenn er — ob mit Recht oder Unrecht — ſich als Zugführer anſah, ſo mußte er darin eine Aufforderung mehr finden, Alles zu vermeiden, was eine Gefahr für den Zug herbeizuführen geeignet ſein konnte. Davon aber auch abgeſehen mußte er ſich ſagen, daß, als er mit den Papieren für den Zug auf die Maſchine ſich poſtirt hatte, ſeine Antwort auf die Frage, ob Alles fertig ſei und abgefahren werden könne, einer Mißdeutung ſehr leicht unterliegen oder derſelben die Folge gegeben werden konnte, wie es in der That geſchehen iſt. Wußte er aber nicht genau, wann abzufahren ſei, ſo wäre es ſeine Sache geweſen, ſich darüber vorher genau zu inſtruiren. Denn wenn er auch von dem Aſſiſtenten Pleuß Nichts weiter gehört hätte, als die Worte „wenn der Perſonenzug expedirt (oder abgefahren) iſt, fahren Sie ab“, ohne die von Pleuß nach deſſen Angabe beigefügten Worte „und Alles in Ordnung iſt“ oder „er komme noch herum“, ſo wäre ihm damit noch keineswegs geſagt geweſen, daß unmittelbar hinter dem Perſonenzuge her abgefahren werden ſolle, und es erforderte nur einen geringen Grad von Ueberlegung, um zu beurtheilen, daß ein angemeſſener Zeitraum — und zwar ein größerer, als ſeit der Abfahrt des (eben bis zum Kirchhof gelangten) Perſonenzugs verſtrichen war, — zwiſchen den beiden Abfahrten liegen müſſe,

wenn eine Gefahr vermieden werden ſolle. Kannte er nun die Inſtruction (für den Zugführer) über das Folgen verſchiedener Züge auf demſelben Gleiſe nicht, ſo lag jedenfalls eine Fahrläſſigkeit darin, daß er, ohne ſich bei Pleuß oder wie ſonſt genauer vorab zu informiren, ſich ſo gerirte, als wiſſe er, wann abzufahren ſei und als habe er dies auszuſprechen. Ob Arends aber wirklich nicht gewußt habe, daß inſtructionsmäßig acht Minuten Zwiſchenzeit ſein mußte und ob er nicht, da nach der Dienſtanweiſung für den Bremſer,

§ 24. [4],

dieſer den Dienſt der Schaffner genau kennen ſoll und der Schaffner nach

§ 5. [21],

den Oberſchaffner als Zugführer vertreten und deſſen Amtspflichten kennen ſoll, die betreffende Vorſchrift des

§ 43. [20],

hätte kennen müſſen, (womit die Erklärungen der Oberbeamten, daß Bremſer nie Zugführer ſein können, nicht ganz zu paſſen ſcheinen), muß in Ermangelung näherer Ermittelungen darüber dahingeſtellt bleiben.

2) Als eine zweite Urſache des Unfalls iſt der Umſtand bezeichnet, daß die Bremſen auf dem Güterzuge nicht beſetzt geweſen ſind.

Hätte eine gehörige Beſetzung der Bremſen ſtattgefunden, ſo hätten nach der oben erwähnten Ausſage von Schäfer, Duckſtein und Haake der Zug vor dem Aufrennen wahrſcheinlich noch zum Stehen gebracht werden können, oder es wäre die Heftigkeit des Zuſammenſtoßes doch vermindert worden. Darin, daß die Bremſen nicht beſetzt waren, lag entſchieden eine Ordnungswidrigkeit. Der Zug hatte 28 Axen und mußten deshalb zwei Bremſen auf demſelben beſetzt ſein.

Prot. S. 2 25. [20] § 38.

Der Coinculpat H. J. Arends, welcher als Bremſer angeſtellt iſt, war von dem Aſſiſtenten Pleuß zur Begleitung des Zuges angewieſen. Er will, wie oben ausgeführt, den Auftrag ſo verſtanden haben, als habe er als Zugführer den Güterzug begleiten ſollen. Allein abgeſehen davon, daß er

gezeigter Maßen zu ſolcher Annahme nicht berechtigt war, hätte er ſelbſt dann dafür ſorgen müſſen, daß die Bremſen beſetzt wären; denn daß dies nothwendig ſei, mußte ihm als Bremſer bekannt ſein. Er durfte daher, da das Bremſen ſein eigentliches Amt war, nicht ſeinen Platz auf der Maſchine nehmen und den Bremſerplatz unbeſetzt laſſen.

Depoſ. v. Barber Prot. S. 3.
„ „ Hartmann S. 6.
[18] pg. 4.

Dazu kommt aber noch, daß Pleuß ihm ausdrücklich aufgetragen hatte, noch einen Mann dazu zu nehmen. Da zwei Bremſen auf dem Zuge beſetzt ſein mußten, konnte dies vernünftiger Weiſe keinen andern Sinn haben, als daß Arends dafür ſorgen ſolle, daß auch die zweite Bremſe in dem Zuge beſetzt werde. Er kann ſich nicht damit entſchuldigen, daß er ſagt, er habe Niemanden zu commandiren gehabt. Denn wenn es ihm nicht möglich geweſen wäre, den Auftrag auszuführen, ſo wäre es ſeine Pflicht geweſen, ſolches dem Bahnhofsverwalter, hier Pleuß, anzuzeigen. Keinenfalls durfte er, ohne ſich weiter an den ertheilten Auftrag zu kehren, ſich auf die Maſchine ſtellen und den Zug, ohne daß die Bremſen beſetzt geweſen wären, abfahren laſſen.

Daß es übrigens ſehr wohl thunlich geweſen wäre, einen der Bremsarbeiter zum Dienſte auf dem Güterzuge heranzuziehen, ergiebt ſich daraus, daß der Bremsarbeiter Bütter mit vier Bremsarbeitern in dem Perſonenzuge nach Wunſtorf mitfuhren, von denen alſo nur Einer den Beſcheid zu erhalten brauchte, mit dem Güterzuge zu gehen, welchen Beſcheid zu geben nach dem ihm von Pleuß ertheilten Auftrage Sache des Coinculpaten Arends geweſen wäre. Die Nichtbefolgung dieſes Auftrages involvirt mithin eine Pflichtverletzung, die nahezu an eine abſichtliche ſtreift. — Daß ſich Arends dieſer Plichtverletzung auch wohl bewußt geweſen iſt, ergiebt ſich aus ſeinem Beſtreben, dieſelbe zu verdunkeln, indem er die Bremsarbeiter Bütter und Wittenberg II. zu bereden ſuchte, auszuſagen, Bütter ſei auf dem Güterzuge geweſen, und ſeine

Entſchuldigung, daß er die genannten beiden Zeugen nur um deswillen aufgefordert habe, zu ſagen, daß ſie gebremſt hätten, um die Aufregung der in Sebaldsbrück verſammelten Menge zu beſchwichtigen, wird durch die Depoſition Bütters und Wittenbergs, wonach Arends ihnen geſagt hat, „wenn Sie nun vor müſſen“ resp. „wenn Sie gefragt werden,“ und den Umſtand widerlegt, daß er ſelbſt nicht nur dem Zeugen Duckſtein, ſondern auch bei ſeiner Vernehmung im Bureau der Maſchinenverwaltung am 25. Septbr. 1862 erklärte, er habe einen Bremſer im Zuge gehabt (den Arbeiter Bütter), wonach es bei dieſer unwahren Angabe alſo auf eine Beruhigung des Publicums nicht abgeſehen ſein konnte.

3) Da der Güterzug als dem Perſonenzuge folgend ſignaliſirt und den Weichenwärtern bei den Stationen Nr. 103. 104 mitgetheilt war, daß dem Perſonenzuge der Güterzug folgen werde, ſo hätte nach der Dienſtanweiſung für die Weichen=, Bahn= und Hülfswärter,

[22] § 24,

als der Perſonenzug auf der Station Sebaldsbrück hielt, für den folgenden Zug das Halteſignal bei der Station Nr. 103 gegeben werden müſſen und dann bei Station 104 das zum Langſamfahren.

Prot. S. 31.

Daß dies nicht geſchehen ſei, ſondern auf Station 103 nur das Signal zum Langſamfahren ſtand, als der Güterzug ankam, iſt anerkannt. Auch ſcheint es als unbezweifelt angenommen werden zu können, daß, wenn die richtigen Signale bei Nr. 104 und 103 gegeben geweſen wären, es dem Locomotivführer des Güterzuges möglich geweſen ſein würde, mit ſeinem Zuge vor der Station Sebaldsbrück zu halten. — Den Dienſt bei Nr. 103 hatte der als Weichenwärter angeſtellte Coinculpat Diedrich Haake. Er würde mithin zunächſt als für das Fehlen des richtigen Signals verantwortlich erſcheinen. Derſelbe hat jedoch zu ſeiner Entſchuldigung Gründe angeführt, welche für triftig gehalten werden müſſen und eine Verſchuldung auch von andrer Seite, als der des

Inculpaten, in Bezug auf die Signalgebung nicht indicirt erſcheinen laſſen.

Es iſt nämlich, da die Station Nr. 103 vor dem Stations= gebäude zu Sebaldsbrück von Bremen aus ſich befindet, ein von Bremen kommender Zug, wenn in Nr. 103 das Halte= ſignal ſtände, alſo ſchon bei dem Uebergange 103 vor dem Stationsgebäude würde halten müſſen, der Wärter D. Haake von dem Inſpector Fiſcher angewieſen, bei den Perſonenzügen anſtatt des Halteſignals das Signal zum Langſamfahren zu geben, und hat der Stationsvorſtand Ruſt dem Coinculpaten geheißen, dieſe Anordnung ferner zu befolgen, wie dies denn auch geſchehen iſt, ſo daß, da der Stationsvorſtand der Vor= geſetzte des Coinculpaten Haake iſt, den Letzteren wegen Be= folgung dieſer Anweiſung kein Vorwurf trifft.

Daß ferner Haake das Halteſignal nicht gegeben hat, als er den Güterzug vor Nr. 104 pfeifen hörte und bei Nr. 104 vorbeifahren ſah, dafür muß der für ausreichend conſtatirt zu haltende Umſtand, daß es bei dem raſchen Herankommen des Güterzuges zum Geben des Signals an Zeit gefehlt, und ein großer Andrang des Publicums bei Nr. 103 ſtatt= gefunden habe, als ausreichende Entſchuldigung gelten, und endlich iſt ſeiner Angabe, daß er, als er das Telegraphen= Signal zu geben ſich außer Stande geſehen, durch Schwen= ken ſeiner Handlaterne das Zeichen zum Anhalten gegeben habe, nicht widerſprochen. Die auf dem Güterzuge befindlich geweſenen Perſonen ſind hierüber zwar nicht beſonders ver= nommen, noch haben ſonſtige Erhebungen dieſerhalb ſtatt= gefunden. Es ſcheint indeß, den obwaltenden Umſtänden nach, eine Vervollſtändigung der Unterſuchung in Betreff die= ſes Punktes jetzt nicht mehr angeordnet werden zu müſſen.

II. Die Folge, welche der Zuſammenſtoß des Güter= zuges mit dem in Sebaldsbrück haltenden Perſonenzuge gehabt hat, iſt

1) die geweſen, daß der Taglöhner F. Helberg eine er= hebliche Körperverletzung erlitten (eine Rippe zerbrochen hat), ſo daß er in das Krankenhaus hat gebracht werden müſſen.

Derselbe hat am 13. October bei der Eisenbahn=Betriebs=Direction sich gemeldet, um nach Celle zu reisen. Genaueres ist, obwohl dies vom Criminalgerichte nicht hätte unterlassen werden sollen, darüber nicht constatirt.

Es wird hienach anzunehmen sein, daß eine bleibende Gesundheitsstörung des Helberg nicht eingetreten ist, sondern nur eine vorübergehende und mehrwöchentliche Arbeitsunfähigkeit desselben.

2) Durch Beschädigung oder Zerstörung von Sachen ist ausweise

[9. 10.]

ein Schaden zum Betrage von Crt. ℛ 834. 25 gr. 1 ₰ entstanden, also ein nach Maßgabe von Art. IV. Pos 3 und V. des Gesetzes vom 26. Nov. 1849 als beträchtlich zu bezeichnender.

III. Wie ad I. ausgeführt worden, ist der objective Thatbestand eines Verbrechens gegen die Sicherheit des Eisenbahnbetriebes hergestellt, sowie, daß derselbe den Coinculpaten Schäfer und Arends zur Last zu legen, der Coinculpat Haake aber davon freizusprechen ist.

Das Gesetz, welches darauf in Anwendung gebracht werden muß, ist die am 26. Novbr. 1849 publicirte Verordnung, die Bestrafung von Verbrechen gegen die Sicherheit des Eisenbahnbetriebes betreffend.

Dasselbe unterscheidet zwischen den vorsätzlich und den aus Fahrlässigkeit begangenen Handlungen, durch welche für Menschen oder Sachen bei deren Beförderung auf der Bahn eine Gefahr entsteht. Daß in concreto vorsätzlich von einem der Inculpaten die Störung des Bahnbetriebes und die dadurch entstandene Gefahr veranlaßt sei, dafür enthalten die Acten keine Anhaltspunkte, dagegen ist es erwiesen, daß beide sich einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht haben. Da beide Coinculpaten Eisenbahn=Officianten sind, so konnten sie sich einer strafbaren Fahrlässigkeit, sowohl durch Thathandlungen, als durch Unterlassungen und durch Vernachlässigung ihrer Pflicht schuldig machen, und treffen sie dafür nach Art. VI. des Gesetzes die im Art. V. vorgeschriebenen Strafen des fahr-

lässigen Verbrechens. Diese richten sich vorzugsweise nach dem Grade der Fahrlässigkeit und der Größe des herbeigeführten Schadens.

Es ist, was letzteren anlangt, oben gesagt, daß das Zusammenwirken mehrerer Umstände den Unfall — (und dadurch den Schaden) — herbeigeführt habe.

Dies muß angenommen werden, weil, wenn auch gesagt werden könnte, daß, sofern die eine dieser Ursachen nicht vorhanden gewesen wäre, der Unfall nicht stattgefunden, der wirkliche Erfolg also gar nicht eingetreten wäre, wenn z. B. der Zug erst acht Minuten nach Abgang des Personenzugs abgefahren wäre, dieser aus Sebaldsbrück längst sich entfernt hätte, und ebenso, daß, wenn die Bremsen besetzt gewesen wären, der Erfolg hätte abgewandt werden können, doch die Ursache des concreten Erfolges nicht ausschließlich in einem der Umstände allein zu finden ist. Dadurch wird es aber nicht ausgeschlossen, daß dieser Erfolg den Urhebern der einzelnen Umstände (mitwirkenden Ursachen) zugerechnet werde, da der Erfolg, durch den das Gesetz die Strafwürdigkeit der Handlung oder Unterlassung bedingt, d. h. eine Gefahr für Personen oder Sachen auf der Bahn, bei jeder einzelnen der Ordnungswidrigkeiten als möglich vorausgesehen werden konnte und als möglich bedacht werden mußte, daher, so weit diese auf die Fahrlässigkeit Eines der Coinculpaten zurückgeführt werden müssen, bei der Beurtheilung des Grades der Strafwürdigkeit (den, wie gesagt, das Gesetz nach der Größe der eingetretenen Beschädigung bestimmt) die unter den obwaltenden Umständen und den mitwirkenden Ursachen eingetretene Folge in Anschlag zu bringen ist, indem es nach allgemeinen criminalrechtlichen Grundsätzen nicht erforderlich ist, daß das schuldvolle Handeln unvermeidlicher Weise die hervorgebrachte Wirkung haben mußte.

Heffter Lehrb. des Criminalr. § 60. 78,
Mittermaier zu Feuerbach Lehrb. (12. Ausg.) § 46. not. b.

Zugleich ist aber dabei, da eine auf dieselbe Rechtsverletzung gerichtete gemeinsame Handlungsweise nicht vorliegt

und daher jeder nur für seine Handlung verantwortlich ist, jeder der Coinculpaten also nur die eigne Fahrlässigkeit nach deren Grade zu vertreten hat, bei der Beurtheilung darauf Rücksicht zu nehmen, daß durch besondre, von seiner Handlungsweise unabhängige, durch selbstständige Schuld Andrer verursachte Umstände, die er nicht nothwendig in Anschlag zu bringen hatte, der eingetretene Erfolg zu einem schlimmeren geworden ist. Es kann daher zu Gunsten eines jeden der Angeschuldigten in Betracht gezogen werden, daß seine Fahrlässigkeit nicht die einzige Ursache des beträchtlichen Schadens, welcher durch den Unfall verursacht worden, gewesen ist.

Was den Grad der Fahrlässigkeit der Inculpaten Schäfer und Arends anlangt, so kann keiner derselben von dem Vorwurfe einer groben Fahrlässigkeit freigesprochen werden.

Das Wesentliche darüber ist schon oben ad I. erwähnt und darauf zu verweisen.

A. Der Coinculpat Schäfer handelte entschieden instructionswidrig. Dabei kommt erschwerend in Betracht, daß er auf die gewissenhafte Befolgung seiner Instruction und „die erdenklichste Vorsicht bei dem Führen der ihm anvertrauten Locomotive nach Maßgabe der ihm ertheilten besonderen Dienstvorschriften" beeidigt ist.

cf. [5] Prot. S. 14.

Daß aber das rasche Folgen auf den Personenzug in der Dunkelheit eine Gefahr herbeiführe, lag so sehr auf der Hand, daß, selbst wenn die Instruction dieserhalb nicht so bestimmte Vorschriften enthalten hätte, die gewöhnlichste Ueberlegung dies hätte erkennen lassen müssen.

Die gebrauchte Vorsichtsmaßregel, daß er dem Feuermann befahl, gut aufzupassen, war nur eine unzureichende; dessen ungeachtet muß ihm, dieselbe gebraucht zu haben, zu Gute und einigermaßen zur Entschuldigung gerechnet werden.

B. Der Coinculpat Arends handelte gegen die Anweisung des Bahnhofs-Assistenten, er nahm, obwohl er wußte, daß die

Bremsen nicht besetzt seien, seinen Platz nicht, wie es seine Schuldigkeit gewesen wäre, an einer der Bremsen, sondern auf der Maschine und leistete durch sein Benehmen dem Leichtsinne des Coinculpaten Schäfer Vorschub. Zu seiner Entschuldigung kann indeß angenommen werden, daß er wirklich die Aeußerung des Assistenten Pleuß falsch verstanden oder aufgefaßt habe.

Da nach dem Gesetze Art. V. in Fällen der groben Fahrlässigkeit, wenn zugleich der herbeigeführte Schaden ein beträchtlicher ist, auf Zuchthausstrafe erkannt werden soll, und beide Voraussetzungen dem Obigen nach hier zutreffen, so würde diese Strafart in concreto in Anwendung zu bringen sein, wenn nicht die vorhin sub II. und III. hervorgehobenen Gründe für eine gelindere Beurtheilung der Inculpaten diesen zur Seite ständen.

Es kann daher auf eine Strafe der gelinderen Art recurrirt werden. Bei Bestimmung des Maßes derselben ist nach Art. V. der alleg. Verordnung darauf zu sehen, daß nach Art. II und Art. IV. auf das Verbrechen, falls es vorsätzlich begangen wäre, eine sehr schwere Strafe stehen würde, daß gegen die Inculpaten, von denen Schäfer 36 Jahr, Arends 38 Jahr alt ist, aus deren früherem Leben nichts Nachtheiliges bekannt ist, und endlich, nach den früher hervorgehobenen Momenten, daß die Größe wie auch namentlich die Gefährlichkeit der Fahrlässigkeit des Coinculpaten Schäfer für bedeutender zu halten ist, als die des Coinculpaten Arends.

Es ist daher wider beide Inculpaten eine Gefängnißstrafe von längerer Dauer zu erkennen, welche das in einer früheren Sache wegen einer geringeren Fahrlässigkeit, die jedoch eine schlimmere Folge gehabt hatte, gegen einen Eisenbahn-Officianten in Anwendung gebrachte, von dem Ober-Appellations-Gerichte als zu geringe bezeichnete Maß erheblich,

cf. Entschgr. d. O.-A.-G. de 1859, October, in U.-S. w. Recke und Cons.

übersteigen und für den Coinculpaten Schäfer um etwas höher als für den Inculpaten Arends bemessen werden muß.

In Ansehung der Vorschrift des Art. VI. der all. Verordn. mußte zugleich eine Mittheilung des Urtheils an die Commission des Senats für die Eisenbahn verfügt werden.

3) Auszug aus dem vom Oberappellations-Gericht am 15. Oct. 1863 erlassenen Instructorium:

1) Der Mit-Inculpat Schäfer hat die Behauptung aufgestellt, es habe sich während der letzten Jahre auf der Bremen-Hannoverischen Eisenbahn sehr häufig ereignet und sei somit zu einem gewöhnlichen Vorkommniß geworden, daß Wagenwärtern oder Bremsern sowie gelegentlich sonstigen Angestellten die Functionen von Zugführern statt der zunächst hiezu bestimmten Oberschaffner oder Schaffner übertragen worden seien. Auch habe, wenn dies geschehen sei, eine besondere Vorstellung des beauftragten Wagenwärters (Bremsers) an den Locomotivführer (als außerordentlicher Legitimationsact) nicht Statt gefunden.

Zur Bewahrheitung dieses Umstandes hat der rc. Schäfer 5 Rapporte von Zugführern beigebracht, welche von Angestellten der vorbezeichneten Art abgestattet sein sollen, außerdem 18 Zeugen in Vorschlag gebracht.

Berufungsschrift S. 27. 29.

Der Umstand, ob die Aussteller jener Rapporte zu der in Betracht kommenden Zeit Oberschaffner (resp. Schaffner), oder ob sie nur, wie der rc. Schäfer angiebt, damals Wagenwärter (Bremser) oder sonstige Angestellte ähnlicher Art gewesen sind, wird zu ermitteln und werden außerdem die Zeugen über die von dem rc. Schäfer aufgestellte Behauptung zu vernehmen sein.

2) Der rc. Schäfer hat geltend gemacht, die Vorschrift des § 19 der Dienstanweisung für die Locomotivführer,

U.-Acten Anl. [6] pg. 34.

daß nachfolgende Züge erst abgehen dürften, nachdem seit dem Abgang des ersten Zuges zur Zeit der Dunkelheit 8 Minuten verflossen seien, sei thatsächlich durch häufig vorkommende entgegenstehende, unter den Augen der Bahnhofs-Beam-

ten Statt findende Uebung und den Locomotivführern seitens deren Vorgesetzten ertheilte Abfahrtsweisungen außer Wirksamkeit gesetzt.

Hiefür sind 18 Zeugen in Vorschlag gebracht, welche zu vernehmen sein werden.

Berufungsschrift S. 40. 41.

3) Zur Vervollständigung der Ermittelung der am Abend des 24. Sept. 1862 auf dem Bahnhof zu Sebaldsbrück in Betreff des Verweilens des Personenzuges und des Unterbleibens der von dort aus erforderlichen Signal-Ertheilung hat der ꝛc. Schäfer die Vernehmung von zwei Zeugen, der Grenzaufseher Langenbeck und Othmer zu Sebaldsbrück, beantragt. Diese beiden Zeugen werden über die in Betracht kommenden, in der

Berufungsschrift S. 12. 13.

näher angegebenen Umstände zu vernehmen sein.

4) Der ꝛc. Schäfer hat angegeben, für die Herstellung seiner Behauptung, daß der Bahnhofs-Assistent Pleuß am 24. Sept. ihm, dem Schäfer, auf seine Frage, wer als Zugführer (des Abendgüterzuges) mitgehe, geantwortet habe: „Arends", könne der Feuermann Duckstein als Zeuge dienen.

Berufungsschrift S. 26.

Der genannte Duckstein wird deshalb über diesen Punkt als Zeuge zu vernehmen sein.

---

4) Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichtes vom 21. Februar 1865.

Daß die Förmlichkeiten der Berufung für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 11. Juli 1863, wie hiemit geschieht, aufzuheben, die Inculpaten von der wider sie gerichteten Anschuldigung frei zu sprechen und die Kosten der Untersuchung zu tragen nicht schuldig seien.

---

5) Entscheidungsgründe.

In Folge der von den Inculpaten Schäfer und Arends in ihren hieher gerichteten Berufungen beantragten und am 15. Oct. 1863 von hier aus verfügten Wiederaufnahme der Untersuchung sind die Vertheidigungsmomente, auf welche die Inculpaten sich schon vor dem Criminalgericht berufen hatten, ohne daß jedoch dieselben in Folge dessen zum Gegenstande weiterer Ermittelung gemacht worden wären, als begründet hergestellt worden, so daß in Betreff beider Inculpaten absolutorisch zu sprechen war.

Im Factischen steht:

I. actenmäßig so viel fest, und ist auch von den Inculpaten nicht bestritten worden, daß am 24. Septbr. 1862 ein von dem Schäfer als Locomotivführer geleiteter und von dem Arends in besonderer Beauftragung seitens des Bahnhofs-Assistenten Pleuß begleiteter, um circa 7¼ Uhr Abends von Bremen in der Richtung nach Hannover abgegangener Güterzug auf der nächstfolgenden Station, Sebaldsbrück, den wenige Minuten früher von Bremen abgefertigten und damals noch auf dem Sebaldsbrücker Bahnhofe haltenden Personenzug erreicht hat, auf ihn gestoßen ist, und daß hierdurch entstanden sind:

a) außer einigen nicht constatirten und deshalb für die Urtheilsfällung ganz außer Betracht bleibenden unerheblichen Beschädigungen verschiedener Personen, eine bedeutende Verletzung eines Arbeiters „Helberg", welchem eine Rippe zerbrochen worden ist und dessen Heilung 19 Tage erfordert hat;

b) ein Schaden an Eisenbahngegenständen (Locomotiven, Wagen und dergl.) zum Betrage von 834 ℛ 25 gr. 1 ₰. — Zwar ist der genaue Betrag dieses letzteren Schadens nicht zum Gegenstande weiterer Ermittelung gemacht worden, allein es kommt hierauf gegenwärtig nicht an.

Die Frage nun, ob das Obergerichts-Erkenntniß vom 11. Juli 1863, welches die Inculpaten eines durch grobe Culpa begangenen Verbrechens gegen die Sicherheit des Eisenbahn-Betriebes für schuldig erklärt und den Schäfer zu einer zwei-

jährigen, den Arends zu einer achtzehnmonatlichen Gefängnißſtrafe verurtheilt hat, zu beſtätigen oder in welchem Maße daſſelbe zu Gunſten der Inculpaten abzuändern ſei, hing unter den angegebenen Umſtänden davon ab, ob

II. den beiden Inculpaten, resp. dem einen oder dem anderen derſelben, eine Fahrläſſigkeit bei ihrem Verhalten in Betreff des erwähnten Güterzuges beizumeſſen, und eventuell, ob der eingetretene Schaden als eine Folge jenes culpoſen Verhaltens anzuſehen ſei.

Die Schuld der Inculpaten ſoll nach der Annahme des Obergerichts in Folgendem beſtanden haben:

A. Der Inculpat, Locomotivführer Schäfer, ſoll ordnungswidrig und die Sicherheit des Eiſenbahnbetriebes gefährdend gehandelt haben, indem er

1) den Verlauf von 8 Minuten nach dem Abgange des kurz zuvor abgefertigten Perſonenzuges nicht abwartete, bevor er den Güterzug in Bewegung ſetzte, während er doch, nach dem § 19 ſeiner Dienſtanweiſung,

Act. [6] pg. 33. 34,

verbis: „Iſt es nicht zu vermeiden, daß zwei Züge auf demſelben Gleiſe in gleicher Richtung alsbald auf einander folgen, ſo darf der nachfolgende Zug von ſeinem Standorte nicht eher abfahren, bis von der Zeit der Abfahrt des voraufgegangenen Zuges bei Tage 4, bei Dunkelheit 8 Minuten verfloſſen ſind“,

zu der in Betracht kommenden Zeit, am 24. Septbr. um 7¼ Uhr Abends, wo es bereits völlig dunkel war (Sonnenuntergang 5 Uhr 50 Minuten p. M.), jenen Zeitverlauf hätte abwarten müſſen.

Wenn der Schäfer gegen den Vorwurf wegen Nicht-Innehaltung dieſer auch in anderen Eiſenbahn-Regulativen, z. B. der Oberſchaffner — (Zugführer —) Inſtruction § 43.

Act. [20] pg. 80,

ausgeſprochenen Vorſchrift einwende,

a) dieſe Vorſchrift ſei in der Praxis außer Wirkſamkeit gekommen, ſo ſei dies, jenen in Gültigkeit befindlichen Regu-

lativen und den entgegenstehenden Erklärungen der höheren Eisenbahn-Beamten, so wie der königlich Hannoverischen General-Direction der Eisenbahnen gegenüber, nicht zu beachten.

Ebenso wenig könne

b) dem Einwande des Schäfer Wirkung beigemessen werden, er sei in Betreff der Abfahrtszeit der Weisung des Mit-Inculpaten Arends gefolgt, und habe dieser Weisung, als derjenigen des Zugführers, seines damaligen Vorgesetzten, folgen dürfen und resp. müssen.

Denn

aa) Arends sei weder Zugführer gewesen, noch habe er es sein können; folglich sei er von Schäfer nicht als solcher anzuerkennen gewesen.

bb) Sollte selbst Arends Zugführer gewesen sein, so hätte Schäfer der in Rede stehenden, unzweifelhaft ordnungswidrigen Weisung des Arends dennoch nicht Folge leisten dürfen, jedenfalls nicht ohne Gegen-Vorstellungen zu erheben, welche hier, wenn sie gemacht worden wären, das ordnungswidrige Verfahren und folgeweise den Unfall aller Vermuthung nach verhindert haben würden.

2) Schäfer sei zu schnell gefahren, habe also den Güterzug nicht in gehöriger Entfernung hinter dem Personenzuge gehalten.

B. Der Inculpat Arends soll sich einer culpa schuldig gemacht haben, indem er

1) die — wie bereits angegeben — zu frühzeitige Abfahrt des Güterzuges dadurch mit verschuldet habe, daß er dem Schäfer die Abfahrtsordre vor Ablauf der einzuhalten gewesenen 8 Minuten ertheilte, wodurch der letztere dazu veranlaßt wurde, die mehrerwähnte Vorschrift zu verletzen, indem er

2) statt auf einen der Bremsstühle des Güterzuges zu steigen, und dort die Bremse zu handhaben, auf der Locomotive Platz nahm, auch nicht für eine anderweitige Besetzung der Bremsen sorgte, obschon ihm von dem derzeit auf dem Bahnhof fungirenden ihm vorgesetzten Beamten — Bahnhofs-Assistenten Pleuß — die Weisung ertheilt worden, „er solle noch einen Mann mitnehmen."

Anlangend die im Vorſtehenden zuſammengeſtellten Anſchuldigungspunkte, ſo hat

zu A. den Schäfer anlangend,

1) in Betreff des Vorwurfs, zu früh abgefahren zu ſein, der Einwand des Inculpaten — welchem auch Arends ſich angeſchloſſen hat — daß die in Rede ſtehende Beſtimmung der Eiſenbahn-Regulative unter den Augen und mit Wiſſen, ja ſelbſt unter Mitwirkung der Bahnhofs-Beamten, alſo der Vorgeſetzten der Inculpaten, außer Uebung gekommen ſei, eine vollſtändige Bewahrheitung in der nachträglich veranſtalteten Beweisaufnahme gefunden.

Sehr erheblich iſt übrigens in Betreff dieſes Punktes die ſchon vor der sententia a qua erfolgte Ausſage des, allen Umſtänden nach für glaubwürdig zu achtenden und perſönlich unbetheiligten Maſchinenverwalters Büte, eines der auf dem Bahnhofe zu Bremen angeſtellten oberen Beamten, welcher um ſo mehr Vertrauen verdient, als er einen Theil der die vorliegende Sache betreffenden amtlichen Ermittelungen im Auftrage der vorgeſetzten Behörde ausgeführt hat,

Act. [16]

welcher Maſchinen-Verwalter Büte ſich

Prot. p. 20.

dahin ausgeſprochen hat,

„Manche der gedruckten Inſtructionen ſeien längſt antiquirt; namentlich gelte dies von der Vorſchrift, daß die Züge ſich erſt nach 8 Minuten folgen dürften."

Ob eine „Antiquirung" von Vorſchriften, welche vor nicht langer Zeit zur Herſtellung eines geſicherten Eiſenbahn-Verkehrs von der oberaufſehenden Behörde erlaſſen worden, zu billigen ſei, kommt ſelbſtverſtändlich für die Inculpaten nicht in Betracht. Sie konnte kein Vorwurf treffen, wenn ſie ein, wenngleich den Beſtimmungen der Regulative zuwiderlaufendes Verfahren beobachteten, wenn dieſes unter den Augen der Bahnhofs-Beamten üblich geworden und, als ein von denſelben gebilligtes, regelmäßig oder auch nur in vielen auf einander folgenden Fällen vorgekommen war.

Und, daß dies in Betreff der Nicht-Innehaltung der 4 reſp. 8 Minuten ſtattgefunden hat, ergiebt ſich mit Gewißheit aus den nachträglichen, die Büte'ſche Ausſage völlig beſtätigenden Ermittelungen.

Die folgenden Zeugen,

die Locomotivführer

Michaelis	Prot. p.	54. 55.
Pieper	„ „	60. 61.
Stöver	„ „	61.
Böhle	„ „	62.
Ruhhoff	„ „	62.
Finck	„ „	72. 73.
Deppermann	„ „	73. 74.

ferner

die Feuerleute

Duckſtein	„ „	65.
Scharnhorſt	„ „	73.
Schultz	„ „	74.

bezeugen, in allen hier weſentlichen Punkten überſtimmend, daß in den Fällen, in welchen es auf die Einhaltung der vorgeſchriebenen Minutenzahl angekommen ſein würde, was insbeſondere bei den Sonntagabend-Extrazügen der Fall geweſen,

„die fragliche Vorſchrift ſo gut wie niemals eingehalten, und die Weiſung zur Abfahrt regelmäßig viel früher ertheilt worden ſei; manchmal, wenn der Perſonenzug erſt eben die Weiche außerhalb des Bahnhofes paſſirt hatte."

Auch laſſen die Ausſagen der Zeugen keinen Zweifel darüber, daß die Weiſung zur Abfahrt gerade ſeitens der Bahnhofs-Verwaltung ertheilt wurde, z. B.

Pieper, „kaum 2 Minuten waren in der Regel verſtrichen, wenn das Gebot durch Rufen oder Winken mit der Laterne erfolgte,"

Stöver, „in Folge der Anordnung der Bahnhofsverwaltung,"

Böhle, „ich mußte oft ſchon folgen,"

Ruhhoff, „ich habe den Zug in der Regel viel früher als nach 8 Minuten in Bewegung setzen müssen"

Finck, „es ist vorgekommen, daß das Zeichen zur Abfahrt gegeben wurde, wenn der Personenzug eben erst den Kirchhof passirt war."

Außer den obigen Locomotivführern und Feuerleuten haben auch noch andere Eisenbahn-Angestellte in demselben Sinne deponirt.

Der bei der Maschinen-Verwaltung angestellte Vormann Lampe giebt an,

Prot. p. 76,

„daß häufig das mit dem Güter-Extrazuge beförderte Beamten-Personal noch in Sebaldsbrück in den Personenzug habe übersteigen können, um mit diesem weiter zu fahren,"

ein Umstand, welcher deshalb von Erheblichkeit ist, weil die Personenzüge vorschriftsmäßig schneller fahren als die Güterzüge. (Nach der Zeittafel

Act. [28]

sollen die Personenzüge die Fahrt von Sebaldsbrück in 8, die Güterzüge in 14 Minuten zurücklegen.)

Der Vormann Stegmann, welcher die Locomotiven für die abfahrenden Züge in Stand zu setzen hat, giebt an,

Prot. p. 77,

häufig vom Bahnhofs-Vorstand die Ordre erhalten zu haben, die Locomotive so schnell zu stellen, daß sie dem Personenzuge gleich folgen könne. Von 8 Minuten sei dabei keine Rede gewesen.

Der Bahnhofsschlosser Baßbach

Prot. p. 78,

deponirt, „der Güterzug sei häufig viel früher, als nach 8 Minuten expedirt; oft schon, wenn der Personenzug die (nahe bei dem Bahnhofe belegene) Brücke eben passirt gewesen," und der Weichenwärter Fischer giebt an,

Prot. p 79,

„der Güterzug sei mitunter so bald nach dem Personen-

zuge abgefertigt, daß er, Zeuge, das Abfahrtssignal, wenn der letztere passirt gewesen, nicht erst wieder herabzulassen brauchte, weil der Extra- (Güter-) Zug dann schon zur Abfahrt gepfiffen habe."

Entgegenstehende Aussagen finden sich mit Ausnahme derjenigen des Bahnhofs-Assistenten Pleuß in dem Protocoll des Criminalgerichts nicht. Der eben Genannte

Prot. p. 69. 70,

hat freilich auf Befragen erklärt,

„er habe häufig gesagt, der Extrazug solle nicht zu früh folgen;" „er habe dabei auf die bestehenden Vorschriften verwiesen, die auch eingehalten seien"; „er könne die Richtigkeit der Büte'schen Aussagen nicht anerkennen".

Allein diese Aeußerungen des Pleuß, welcher als der um die in Betracht kommende Zeit auf dem Bahnhofe fungirende Aufsichts-Beamte in der Lage war, wegen des eingetretenen Unfalles sich exculpiren zu müssen, und der mithin als unverdächtig nicht angesehen werden kann, ist nicht geeignet, das Gewicht der entgegenstehenden Depositionen der zahlreichen vorhin namhaft gemachten Zeugen zu schwächen oder gar zu beseitigen.

Dagegen ist es von Erheblichkeit, daß schließlich der Betriebs-Director Hartmann

Prot. p. 80. 81.

in der nachträglichen Vernehmung zugegeben hat,

„es lasse sich wohl nicht läugnen, daß die in Rede stehende Vorschrift in der Praxis auf den hannoverischen Bahnen nicht strenge eingehalten worden sei;" „er wisse wohl, daß es bei den Sonntag-Abendzügen immer geheißen habe, sie sollten dem Personenzuge rasch nachfolgen. Das sei denn so lange gut gegangen, bis dies Unglück (dasjenige, über dessen Verschuldung die Untersuchung geführt würde) passirt sei".

Unerheblich ist es, daß der Bahnhofs-Verwalter Barber in der nachträglichen Untersuchung

Prot. p. 82

das frühere Nachfolgen „nur bei leeren Locomotiven" zugegeben hat, bei welchen es übrigens nach den Regulativen auch nicht hätte vorkommen dürfen, und ein Nicht-Einhalten der Zeit bei nachfolgenden „Güterzügen" als „ihm nicht bekannt" bezeichnet.

Die Königlich Hannoverische General-Direction der Eisenbahnen hat denn auch, nach erlangter Kunde von den neuen Erhebungen, kein Bedenken getragen, den Beweis des regelmäßigen Außer-Acht-Lassens der fraglichen Vorschrift als vorliegend anzunehmen, und eben so wenig kann für die richterliche Beurtheilung eine Ungewißheit darüber bestehen, daß dem Schäfer (beziehungsweise, insofern es für ihn darauf ankommt, auch dem Arends) das Nicht-Innehalten der 8 Minuten nicht zum Vorwurf gemacht, vollends nicht als eine criminell strafbare culpa angerechnet werden kann.

Dem Inculpaten Schäfer ist indessen

b. auch in Betreff des zweiten Rechtfertigungs-Momentes beizupflichten, daß er den Arends als Zugführer und in Folge dessen als seinen damaligen Vorgesetzten habe ansehen dürfen und müssen, und mithin außer Verantwortung sei, wenn er der Abfahrtsordre desselben Folge leistete. Daß

aa. Schäfer von dem Arends (und zwar schon wenige Minuten nach dem Abgange des Personenzuges) die Weisung erhalten hat, die Maschine in Gang zu setzen („abzufahren"), ist freilich von Arends vor dem Criminalgerichte geläugnet worden, allein derselbe hatte in der Vernehmung vor dem Maschinen-Verwalter Utte das Gegentheil eingeräumt. Jedenfalls ist in Berücksichtigung der bezüglichen Aussage des Zeugen, Feuermanns Dudstedt,

> er, Zeuge, habe den Arends gefragt: „wie ist es, können wir abfahren, sind wir fertig?" worauf Arends geantwortet habe: „Ja, es ist fertig: Vorwärts."

Prot. p. 26. 27.

und im Behalt der vorgedachten früheren unumwundenen Einräumung des Arends, so wie der Aussage des mit auf der Locomotive stationirt gewesenen Zollbeamten Rose, wel-

cher auf die Frage des Inquirenten „ob Arends das Abfahren beordert habe" erklärte: „Mich dünkt, er ſagte, es ſei fertig",

Prot. p. 17,

ein genügender Beweis für die Annahme vorhanden, daß der Inculpat wirklich von Arends die Weiſung erhalten hat, abzufahren.

Nicht minder iſt es

bb. hergeſtellt, daß Schäfer den Arends als Zugführer betrachten durfte, ja mußte, daß er auch ſpeciell in Betreff der Handhabung ſeines Amtes auf der Locomotive den Verfügungen ſeines Zugführers zu folgen verpflichtet war.

Der letztere Umſtand — die Unterordnung des Locomotivführers unter den Zugführer — iſt im Allgemeinen nicht beſtritten. Die General-Direction ſagt ſelbſt

Act. [42] p. 7,

für den Fall, daß Schäfer den Arends als Zugführer habe anſehen dürfen,

„müſſe anerkannt werden, daß der § 3 der Dienſtanweiſung für Locomotivführer nur die allgemein lautende Beſtimmung enthalte,

„der Vorgeſetzte des Locomotivführers iſt der Zugführer während der Reiſe,"

ohne Näheres darüber anzugeben, welche Gattung von Beamten darunter von ihm zu verſtehen ſei."

Auch ſtimmt damit die Oberſchaffner- (Zugführer-) Inſtruction überein,

Act. [20] §§ 4 u. 22.

„Im Dienſt untergeben ſind dem Zugführer — — die Locomotivführer und deren Untergebene während der Reiſe im Fahrdienſte"

und

„Von dem Zeitpunkte, an welchem der Zug eine Station verläßt, bis dahin, daß derſelbe auf einer anderen Station eintrifft, hat der Zugführer das unbedingte Commando im Zuge."

Die Entſcheidungsgründe zur sententia a qua legen in-deſſen hier dem Umſtande Bedeutung zu Ungunſten des Schäfer bei, daß der Locomotivführer den Zugführer nur während der Reiſe als ſeinen Vorgeſetzten anzuſehen habe, wobei die Meinung nur die geweſen ſein kann, daß das Commando des Zugführers erſt mit dem Zeitpunkte der eigentlichen Abfahrt in Wirkſamkeit trete. Dieſer Auffaſſung kann nicht beigeſtimmt werden. Die Autorität des Zugführers beginnt ohne Zweifel ſchon dann, wenn die Locomotive mit den zu transportirenden Perſonen- oder Güterwagen vereinigt, wenn ſonſt Alles zur Abfahrt vorbereitet worden iſt und der Zug-führer den ihm gebührenden Platz auf dem Zuge behufs der Abfahrt eingenommen hat. Die Abfahrt bildet einen Theil der Reiſe, und ſteht ſomit ſelbſtverſtändlich mit unter dem Commando des Zugführers.

Der andere der oben angeführten Punkte iſt in dem der obergerichtlichen Urtheilsfällung vorangegangenen Theile der Unterſuchung von der General-Direction

Act. [18] p. 3.

verbis

„Ein Bremſer kann niemals Zugführer ſein. Schäfer mußte dies wiſſen und durfte deshalb etwanige von dem Brem-ſer Arends ausgegangene Befehle, welche nur der Zugfüh-rer zu ertheilen hatte, nicht befolgen,"

ſo wie auch von dem Bahnhofsverwalter Barber und dem Betriebsdirector Hartmann zum Nachtheil des Schäfer beant-wortet worden, und hiedurch iſt der Inquirent dazu veran-laßt worden, die entgegenſtehende beſtimmte Behauptung bei-der Inculpaten — die Behauptung, es ſei ein durchaus ge-wöhnliches und oft ſich ereignendes Vorkommniß, daß Brem-ſer zu Zugführern beſtellt würden; auch finde — was die Bahnhofs-Beamten für etwanige Ausnahmsfälle eventuell als nothwendig bezeichnet hatten — eine beſondere „Vorſtel-lung" der zu Zugführern beſtellten Bremſer an den Loco-motivführer nicht Statt, für ſo unglaubwürdig und beach-tungsunwerth zu halten, um den vom Inculpaten Arends

angebotenen Beweis dieſer Behauptung nicht inſtruiren zu wollen.

Prot. p. 47. 48.

Auch iſt das Obergericht der Auffaſſung der General=Direction und der Bahnhofs=Beamten beigetreten.

Die in der nachträglichen Beweis=Inſtruction über den vorgedachten Punkt vernommenen Zeugen,

der Locomotivführer Bengeroth.

Prot. p. 50. 53.

der Locomotivführer Pieper p. 60.
" " Stöver p. 61.
" " Böhle p. 61.
" " Ruhhoff p. 61.
" " Deppermann p. 71. 73.
" " Laue p 93.
" Polizeidiener, früher Bremſer Rapke p. 63. 64.
" Feuermann Scharnhorſt p. 72.
" " Schultz p. 74.
" Wagenwärter Müller p. 84—86.

haben indeſſen mit Beſtimmtheit bezeugt, ſowohl daß ſchon während längerer Zeit vor dem Unfalle häufig Bremſer (Wagenwärter) als Zugführer angeſtellt worden ſeien, als auch, daß dabei eine beſondere „Vorſtellung" eines als Zugführer in Thätigkeit geſetzten Bremſers an den Locomotivführer niemals vorgekommen ſei. — Uebrigens hatte der Maſchinen=Verwalter Büte ſchon in ſeiner erſten Vernehmung vor dem Criminalgericht erklärt,

Prot. p. 23,

„Arends war befugt, ſich als Zugführer anzuſehen, da es ſehr gebräuchlich iſt, Bremſer Schaffnerdienſte verſehen zu laſſen, Schaffner aber inſtructionsmäßig als Zugführer Dienſte thun."

Auch iſt er bei dieſer Angabe ſpäter verblieben.

Prot. p. 56. 57.

Schließlich haben denn der Betriebs=Director Hartmann und der Bahnhofs=Verwalter Barber, abweichend von ihren

früheren Aussagen,

Prot. p. 2. 3 u. 6,

sich ebenfalls im Sinne der Angabe des Schäfer und resp. Arends ausgesprochen. Der erstere erklärte nunmehr:

Prot. p. 81.

„Es komme öfters vor, daß, wenn keine Schaffner oder Oberschaffner da seien, der Stationsvorstand einen Bremser oder Wagenwärter als Zugführer mitgebe,"

und der Bahnhofs-Verwalter Barber sprach sich in Beziehung auf die vorstehende Angabe des Hartmann

ebendaselbst

dahin aus:

„er könne dies nur bestätigen; es sei häufig ein solcher Personenmangel, daß man sich nicht anders zu helfen wisse."

Es kommt hiernach nicht mehr darauf an, daß die von dem Schäfer in jetziger Instanz beigebrachten Zugführer-Rapporte

O.-A.-Ger.-Acten [6 — 10]

als von einem Wagenwärter (Bremser) ausgestellt anerkannt worden sind.

Prot. p. 84.

Daß Arends im concreten Falle wirklich von dem Bahnhofs-Assistenten Pleuß mit der Function des Zugführers beauftragt worden ist, also Schäfer berechtigt war, hier den Arends als in dieser Function handelnd zu betrachten, wird unten, als aus den Acten sich ergebend, gezeigt werden.

Durfte und mußte aber Schäfer den Arends als seinen Vorgesetzten ansehen, so würde ihm eine Folgeleistung in Betreff der Abfahrts-Ordre desselben oder doch das Unterlassen einer wider dieselbe zu erhebenden Gegen-Vorstellung nur dann als culpa angerechnet werden können, wenn Arends eine nicht nur unzweifelhaft ordnungswidrige, sondern auch evident Gefahr drohende Maßregel angeordnet hätte. — Dies fand hier nicht Statt. Es geschah nur das, was längst durch die von den Bahnhofs-Beamten ausgegangene und gebilligte

Praxis sanctionirt, auch zu sehr vielen Malen ohne Nachtheil ausgeführt worden war, und was vermuthlich auch diesmal ohne Nachtheil geblieben sein würde, wenn es nicht — worauf unten einzugehen sein wird — zufälliger Weise mit anderen, Gefahr bringenden Umständen in Verbindung gekommen wäre.

Nicht ohne Grund hat sich überdies Schäfer dafür, daß er habe annehmen dürfen, das alsbaldige Folgen des Güterzuges nach dem Personenzuge entspreche der Absicht der Bahnhofs-Verwaltung, auch auf den Umstand berufen, daß er, nach Zurücklassung der Güterwagen in Sebaldsbrück, mit der Locomotive in der Richtung nach Hannover habe weiter gehen sollen, und den von Hannover ihm entgegenkommenden Abendzug in Eystrup habe kreuzen müssen, woraus die Nothwendigkeit hervorgehe, nicht weit hinter dem — schneller als der Güterzug fahrenden — von Bremen aus expedirten Personenzuge zurückzubleiben.

Diese Angabe des Schäfer — den Hannoverischen Zug noch an demselben Abend kreuzen zu müssen — ist im Allgemeinen von dem Bahnhofs-Verwalter Barber als richtig anerkannt worden; doch fügte derselbe bei seiner Vernehmung hinzu,

Prot. p. 3.

„es sei gar nicht nöthig gewesen, daß die Locomotive den herankommenden Personenzug in Eystrup kreuze. Es bestehe darüber keine bestimmte Vorschrift. Die Kreuzung habe auch an irgend einer Nebenstation erfolgen können."

Es ist aber auf der von Schäfer als Anlage zu seiner Vertheidigung erster Instanz beigebrachten „Zeittafel"

Act. [28]

gerade Eystrup für den in Rede stehenden Hannoverischen Güterzug ausdrücklich als Kreuzungspunkt angegeben, und die Schäfer'sche Angabe:

„es sei durchaus gebräuchlich, daß die Kreuzung in Eystrup geschehe; unter 100 Malen geschehe sie dort vielleicht nur einmal nicht,"

und

„ſo lange er die Fahrt mache, kreuze er immer in Eyſtrup,"

Prot. p. 13 u. 40,

hat durch die Ausſage des Maſchinen-Verwalters Büte,

Prot p. 24,

„es ſei durchaus Regel, daß die Maſchine in Eyſtrup den kommenden Perſonenzug kreuze,"

ihre Beſtätigung gefunden. Der letztgedachte Zeuge hat ſeiner früheren Ausſage ſpäter noch hinzugefügt:

Prot. p. 58. 59.

„er ſei von der Bahnhofs-Verwaltung erſucht worden, den Locomotivführern zu eröffnen, daß ſie immer gleich hinter dem Perſonenzuge herfahren ſollten, damit in Eyſtrup die Kreuzung vorgenommen werden könne,"

und der hierüber befragte Bahnhofs-Verwalter Barber hat ſich

Prot. p. 82,

dahin ausgeſprochen,

„daß er, wie der Zeuge Büte ſage, die Anordnung getroffen habe, daß ſich die Locomotive hinter den Perſonenzug zu ſetzen habe, ſei richtig."

Von den übrigen Perſonen, welche nachträglich vernommen worden ſind, hat nur der Locomotivführer Bengeroth dieſen Punkt berührt, und zwar über denſelben in Uebereinſtimmung mit Schäfer ausgeſagt.

Prot. p. 53.

Sollte aber Schäfer den Hannoveriſchen Perſonenzug in Eyſtrup kreuzen, ſo mußte er dem Bremiſchen Perſonenzuge nahe genug bleiben, um gleich nach demſelben zwiſchen 8' 41" und 8' 42" (cf. die Zeittafel Act. [28]) die Station Eyſtrup erreichen zu können. Ein Vorſprung des Bremiſchen Perſonenzuges um 8 Minuten war damit unvereinbar.

2. Anlangend den dem Schäfer gemachten Vorwurf, er ſei zu ſchnell gefahren und habe auch dadurch einer ſtrafbaren

culpa ſich ſchuldig gemacht, ſo ſind in dem bezüglichen Theil der obergerichtlichen Entſcheidungsgründe

O.-A.-G.-Acten [4] p. 18 20.

Beweiſe für dieſe Annahme nicht aufgeführt. — Dagegen iſt in denſelben zu Gunſten des Schäfer hervorgehoben, wie dies denn auch aus den Acten hervorgeht, daß Schäfer und der Feuermann Duckſtein nach dem vorauffahrenden Perſonenzuge ausgeſehen und ſich vor dem Zunahekommen zu hüten geſucht haben; ferner, daß nach den Ausſagen der hierüber befragten Zeugen der Güterzug in Sebaldsbrück mit keiner ungewöhnlichen Schnelligkeit angelangt iſt.

Hiermit ſtimmen denn auch die ſpäteren Erhebungen überein. Die Grenzaufſeher Langenbeck und Othmer deponiren,

Prot. p. 87 u. 91,

der erſtere:

„Wäre der Güterzug nicht langſam gefahren, ſo hätte der Zuſammenſtoß noch weit früher erfolgen müſſen,"

der zweite:

„der Extrazug (Güterzug) fuhr recht langſam."

Und der Maſchinen-Verwalter Büte, welchem bei dieſem Punkte Sachkunde zugemeſſen werden kann, hatte ſich ſchon früher

Prot. p. 26.

dahin ausgeſprochen:

„Zu ſchnell ſei der Güterzug wohl nicht gefahren, ſonſt wäre er ſtärker aufgeſtoßen."

Alles reducirt ſich demnach hier auf das Factum, daß der alsbald nach dem Perſonenzuge abgegangene Güterzug in Sebaldsbrück angelangt iſt, bevor noch jener den dortigen Bahnhof verlaſſen hatte. Dies konnte indeſſen unter den im Uebrigen vorliegenden Umſtänden ſehr wohl ohne ungebührlich ſchnelles Fahren des Güterzuges eintreten. Auch iſt Zuverläſſiges über die Dauer des Aufenthalts des Perſonenzuges in Sebaldsbrück nicht ermittelt. Soviel die Acten ergeben, hat Niemand auf die genaue Zeitlage der beiden Mo-

mente, erstens der Ankunft des Güterzuges, zweitens des stattfindenden Zusammenstoßes genau, oder doch in solcher Weise geachtet, daß daraus einigermaßen begründete Folgerungen gezogen werden könnten. Die Zeugen Othmer und Langenbeck deponiren übrigens,

Prot. p. 86 u. 92,

daß sich der Personenzug ungewöhnlich lange in Sebaldsbrück aufgehalten habe.

Nach dem Allen kann über die Absolution des Schäfer von der gegen ihn gerichteten Anschuldigung kein Bedenken bestehen, und kommt es in Betreff Seiner auf die Frage nach dem Causal-Zusammenhange zwischen seinem Verhalten und dem eingetretenen Schaden überhaupt nicht an.

Wie oben vorausgeschickt worden ist, so bestehen

zu B. die dem Arends zur Last gebrachten Handlungen erstens in der Einwirkung desselben auf den Mit-Inculpaten Schäfer in Betreff des zu frühen Abganges des Güterzuges, und zweitens darin, daß er seinen Platz auf der Locomotive statt auf dem Bremsstuhl genommen, auch nicht für anderweitige Besetzung der Bremsen gesorgt habe.

a. Der erste der vorstehend angegebenen Punkte erledigt sich zu Gunsten des Arends durch das, was oben zu A. 1. a in Beziehung auf den Schäfer zusammengestellt worden ist. War nämlich die Nicht-Innehaltung der 8 Minuten nach der Praxis des Eisenbahn-Verkehrs etwas Gewöhnliches und ordentlicher Weise Statuirtes, so kann eben so wenig in dem von Arends ausgegangenen Befehl des früheren Abganges, als, wie oben ausgeführt, in der von Schäfer bewirkten Abfahrt selbst eine strafbare culpa gefunden werden.

Nur eine dem Arends in Betreff des Nicht-sofort-Abfahrens zugekommene specielle Weisung der oberen Beamten hätte das vorliegende Verhältniß zu seinem Nachtheile abändern können. Nun hat freilich der Bahnhofs-Assistent Pleuß behauptet, dem Arends bei dessen Beauftragung gesagt zu haben:

„Wenn der (Personen-) Zug expedirt und Alles in Ordnung ist, so fahren Sie ab. Ich komme aber noch herüber,"

Act. [B] p. 3 u. Prot. 8.

allein Arends hat geläugnet, diese letzteren Worte vernommen zu haben,

Prot. p. 18. 19.

und Pleuß hat sich

ebendaselbst

folgendermaßen weiter hierüber erklärt:

„Arends mag darin Recht haben, wenn er sagt, er habe nicht gehört, wie ich gesagt, „ich komme noch herum, oder herüber." Gesagt habe ich die Worte, aber der in der Abfahrt begriffene Personenzug machte solchen Lärm, daß er die Worte wohl überhören mochte."

Da überdies bei der Unterredung zwischen Pleuß und Arends ein Zeuge anwesend gewesen ist, der zu Ottendorf vernommene Zollamts-Assistent Stempel, und dieser Zeuge, welcher sich des Inhalts des Gesprächs — abgesehen von einem hier unwesentlichen Mißverständnisse — speciell erinnerte, mit Bestimmtheit deponirt hat, „eine Aeußerung des Pleuß, er komme noch herum (oder eine ähnliche), nicht gehört zu haben,"

Act. [B] p. 4.

so erscheint Arends in Betreff der Anschuldigung, die zu frühe Abfahrt des Güterzuges culposer Weise veranlaßt zu haben, auch insofern gerechtfertigt, als es auf eine ihm ertheilte besondere Weisung angekommen sein soll.

Den in dieser Sache allein zu Bedenken Veranlassung gebenden Punkt bildet

b. die schließlich zu berührende Frage, ob den Arends in Betreff der Nichtbesetzung des Zuges mit Bremsern ein Vorwurf strafbarer culpa treffe. — Hiebei handelt es sich

aa. darum, ob Arends berechtigt gewesen sei, sich als den Zugführer für den in Rede stehenden Güterzug anzusehen und seinen Platz auf der Locomotive einzunehmen, wäh-

rend er nach der sent. a qua einen Bremsſtuhl hätte beſteigen müſſen.

Uebereinſtimmend ergiebt es ſich aus den Inſtructionen der bei dem Fahrdienſt Angeſtellten, ſo weit ſie dieſen Punkt betreffen, daß jeder wirkliche Zug (jede Combination von Locomotive und Perſonen- oder Güter-Wagen) von einem Zugführer begleitet und überwacht werden muß.

Vgl. die Dienſtanweiſungen für Oberſchaffner (Zugführer) Act. [20] S. 6. 8. 95. 96.
für Schaffner Act. [21] S. 11.
für Locomotivführer Act. [6] S. 6.

Auch führen auf das nämliche Ergebniß die oben angezogenen Ausſagen der Zeugen Bengeroth, Pieper u. ff. hin, welche, indem ſie von der Anſtellung von Bremſern ſtatt Oberſchaffner oder Schaffner auf zu expedirenden Zügen reden, alle von der Annahme ausgehen, daß auf jedem Zuge ein Zugführer die Oberleitung deſſelben übernehmen müſſe. Wäre nun Arends nicht zum Zugführer beſtellt geweſen, ſo würde der Zug ohne einen ſolchen abgefertigt ſein, was, wie aus dem vorſtehend Bemerkten hervorgeht, nicht nur dem Buchſtaben der Regulative, ſondern auch der vielfach bezeugten Uebung widerſprochen hätte und deshalb nicht angenommen werden kann.

Arends iſt indeſſen auch durch ausdrückliche Erklärungen des Pleuß zum Zugführer beſtellt worden. Dieſer hat, wie auch aus deſſen eigener, ſchon oben in Bezug genommenen Angabe hervorgeht, dem Arends die den Güterzug betreffenden Papiere übergeben, und ihm dabei geſagt:

„wenn der (Perſonen-) Zug expedirt und Alles in Ordnung iſt, ſo fahren Sie ab,“

Act. [3] p. 3,

welche Worte „fahren Sie ab“ nicht anders verſtanden werden können, als daß Arends das Commando des Zuges führen ſolle. Detaillirter hat der Zeuge Stempel über die Mittheilung des Pleuß deponirt

Act. [13] p. 2.

Derſelbe habe geſagt:

„Herr Arends, Sie ſind der Aelteſte und müſſen den Zug nach Sebaldsbrück übernehmen.“

Pleuß hat denn auch eingeräumt,

Prot. p. 11,

ſich des Ausdrucks bedient zu haben, Arends ſolle den Zug „annehmen.“ Wenn er

ebendaſelbſt

dabei bemerkt hat,

„er habe nicht damit gemeint, daß Arends als Zugführer fungiren ſolle; eben ſo wenig habe die Behändigung der Papiere an Arends dies zu beſagen gehabt, denn man ſtelle nicht Bremſer zu Zugführern an, ſondern nur ſolche, die Zugführer-Inſtruction hätten,“

ſo wird dadurch das natürliche Verſtändniß des von ihm gegen Arends Geäußerten zu deſſen Nachtheil nicht geändert. Darauf, was Pleuß bei den in Rede ſtehenden Worten „gemeint“ hat oder gemeint haben will, kommt es nicht, ſondern nur darauf an, was Arends als den Inhalt der ihm ertheilten Weiſung anſehen durfte und mußte. Und das konnte nur in dem mehrmals angegebenen Sinne geſchehen, daß er, Arends, als Zugführer fungiren ſolle; wie denn Aufträge gleicher Art — weshalb auf die oben angezogenen zahlreichen und die Pleuß'ſche Angabe widerlegenden Erhebungen zu verweiſen iſt — zu den oft ſich ereignenden Vorkommniſſen gehörten.

Ueberdies wird das Wort „annehmen“ oder „übernehmen“ in den Regulativen gerade von den Zugführern gebraucht, welche die betreffenden Functionen in Beziehung auf einen Wagenzug antreten,

z. B. Act. [20] § 8. „Uebernahme eines Wagenzuges (ſeitens des Oberſchaffners als Zugführers).“

War aber Arends zum Zugführer beſtellt, ſo war er auch berechtigt, auf der Locomotive ſeinen Platz zu nehmen, nicht aber verpflichtet, um die Bremſe zu verwalten, den Bremsſtuhl zu beſteigen. Keines der Regulative ſpricht von einer Cumulation des Amtes des Zugführers mit demjenigen eines

Bremsers; im Gegentheil, in der den Wagenwärtern (Bremsern) ertheilten Dienstanweisung (also gerade in derjenigen des Arends)

Act. [4] § 24. S. 47.

ist ausdrücklich gesagt:

„Wegen aushelfender Dienstbesorgung (des Schaffners) hat der Wagenwärter der Aufforderung des Stations-Vorstandes Folge zu leisten und zugleich seinen Wagenwärterdienst abzugeben."

Arends konnte hiernach die ihm von dem Pleuß gegebene Weisung nicht anders verstehen, als daß er in der Eigenschaft eines Zugführers, auch nicht etwa zugleich eines Zugführers und Bremsers, den Güterzug begleiten solle.

Dies führt übrigens

b. nicht mit Nothwendigkeit zu dem weiteren, den Arends rechtfertigenden Ergebnisse, daß er nicht nöthig gehabt habe um den Umstand, ob der Zug mit der nöthigen Bremser-Anzahl — hier, bei 28 Axen, mit zwei Bremsern —

Act. [20] § 38

besetzt sei, sich zu kümmern.

Arends lehnt diese Verantwortlichkeit ab, weil in seiner Bremser-Instruction von der Fürsorge für Bremser nichts bemerkt sei, und er freilich zufolge derselben die Dienstanweisung der Schaffner kennen müsse und gekannt habe,

Act. [4] § 24.

in der Dienstanweisung der Schaffner aber von den Zugführer-Verrichtungen und insbesondere von der Fürsorge für die gehörige Besetzung der Züge mit Bremsern Nichts vorkomme, die hierauf bezüglichen Vorschriften vielmehr nur in der Oberschaffner- (Zugführer-) Instruction

Act. [20]

sich fänden, welche nicht in den Bereich desjenigen gehöre, was er amtlich zu kennen verpflichtet sei. Und hierin ist ihm beizustimmen. Freilich wird in den Entscheidungsgründen zum Obergerichts-Erkenntnisse darauf verwiesen, in der Schaffner-Instruction werde dem Schaffner zur Pflicht gemacht, die

Oberschaffner- (Zugführer-) Instruction zu besitzen und zu kennen, und da (wie schon bemerkt) die Wagenwärter die Instruction der Schaffner kennen müßten, so seien dieselben mittelbar auch verbunden, sich mit der Oberschaffner- (Zugführer-) Instruction bekannt zu machen. Allein schon der Wortlaut des bezüglichen Theils der Wagenwärter-Instruction steht dieser Auffassung entgegen, indem es a. a. O. heißt, der Wagenwärter solle verpflichtet sein, vorkommenden Falles

> „die Verrichtung des Dienstes der Schaffner aushelfend zu übernehmen und zu besorgen. Deshalb solle er mit der Dienstanweisung für Schaffner versehen sein, um den Inhalt derselben genau zu wissen."

Hier ist nur von dem Besitz und der Kenntniß der Schaffner-Instruction — überhaupt nur von der Vertretung der Schaffner, nicht auch von dem Besitz und der Kenntniß der Oberschaffner- (Zugführer-) Instruction, auch nirgendwo von einer Vertretung der Oberschaffner durch die Wagenwärter die Rede.

Dem Arends steht es denn auch bei diesem Punkte zur Seite, daß nach den übereinstimmenden Erklärungen der General-Direction und der Bahnhofs-Beamten die Bestellung eines Wagenwärters (Bremsers) zum Zugführer etwas nach den bestehenden Einrichtungen Ungehöriges gewesen ist, was sich nur durch eine mißbräuchliche Uebung habe einschleichen können. Verhält es sich aber in vorgedachter Weise, so ist zugleich dadurch die Annahme ausgeschlossen, daß es zur amtlichen Verpflichtung der betreffenden Beamten gehöre, auch ohne den Empfang einer besonderen Instruction für die Ausführung eines Auftrages der betreffenden Art vollständig gerüstet zu sein.

Vielen Schein hat es dagegen, daß dem Arends daraus ein Vorwurf zu machen ist, daß er nicht in den geständlich vernommenen Worten des Pleuß

> „er möge noch einen Mann mitnehmen"
>
> Prot. p. 10.

(oder wie Stempel deponirt hat

„Sie können noch einen Arbeitsmann mitnehmen,"

Act. [13] p. 3)

eine Weisung erblickt hat, für die Besetzung des Güterzuges wenigstens mit einem Bremser zu sorgen (was freilich, wie aus der oben angegebenen Bestimmung der Oberschaffner=Instruction § 38 erhellt, der bestehenden Ordnung nicht entsprochen haben würde). Wenngleich nämlich es hier nicht an Momenten fehlt, welche der Arends mit einigem Grunde zu seinen Gunsten geltend machen kann, — indem er völlig unerwartet (er hatte, wie in den Acten nicht in Zweifel gezogen ist, mit dem Personenzuge abgehen sollen und wollen, auch bereits seine Effecten in eines der Coupés desselben gelegt

Act. [8] p. 4)

behufs einer ihm nicht geläufigen, unverzüglich in Ausführung zu bringenden Function in Thätigkeit gesetzt wurde; indem ferner der in Frage stehende Theil des im Lärm des abgehenden Personenzuges

Prot. p. 8. 9

ertheilten Pleuß'schen Befehls, theils der äußeren Umstände halber, theils wegen seiner hier unpassenden Kürze und in gewissem Maße anzunehmenden Unklarheit, leicht mißzuverstehen war; indem endlich Arends mit einigem Schein bemerkt, er sei in seiner Wagenwärter=Stellung überhaupt nicht in der Lage, jedenfalls sei er unter den damaligen dringenden Umständen zu jener Zeit nicht in der Lage gewesen, andere Angestellte commandiren zu können —, so bleibt doch immer der Vorwurf übrig, daß er, statt über den Sinn des bezüglichen Theils des Pleuß'schen Auftrages, wenn derselbe ihm nicht ganz verständlich war, eine Aufklärung zu verlangen, eventuell, wenn derselbe für ihn überhaupt nicht, oder doch unter den damaligen Umständen nicht sofort ausführbar war, dessen Uebernahme dem Pleuß gegenüber abzulehnen, ohne Berücksichtigung des ihm Gesagten weiter verfuhr, wobei er nicht im Zweifel darüber sein konnte, daß Etwas unterblieben sei, was nach der Absicht des Pleuß vor dem Abgange des Zuges hätte ausgeführt werden sollen.

Es kommt indessen bei der criminellen Beurtheilung des Arends'schen Verhaltens auf diesen Punkt deshalb nicht an, weil ein Causalzusammenhang zwischen der Nicht-Besetzung des Güterzuges mit Bremsern und dem erfolgten Unfalle nach dem Inhalt der Acten nicht angenommen werden kann, während doch, um gegen den Inculpaten strafend einschreiten zu können, außer einem ungehörigen Verhalten desselben ein dadurch bewirkter Unfall bewiesen vorliegen mußte.

So begründet die Annahme sein würde, daß, wenn die vorschriftsmäßigen 8 Minuten bei der Expedirung des Güterzuges eingehalten worden wären, der Unfall sich nicht ereignet hätte, eben so unwahrscheinlich ist es — und jedenfalls liegt kein Beweis dafür vor — daß der Zusammenstoß vermieden worden sein würde, wenn der Güterzug mit Bremsern besetzt gewesen wäre. Denn in Folge der, insbesondere durch die nachträglichen Vernehmungen in völlige Gewißheit gebrachten, von dem Locomotivführer des Güterzuges nicht zu erwarten gewesenen zwei Umstände, erstens, daß ungehöriger Weise von Sebaldsbrück aus, während das Haltesignal von dorther hätte angegeben werden müssen, das Signal, die Bahn sei frei, gegeben war, und zweitens, daß die Signal-Laterne am Ende des Personenzuges — ebenfalls ungehöriger Weise — sei es durch den Sebaldsbrücker Weichenwärter selbst, sei es durch andere Personen, welche die damals abgesperrt zu haltende Bahn passirten, verdeckt, und dadurch die Anwesenheit des Personenzuges auf dem Bahnhofe zu Sebaldsbrück den Blicken der Lenker des Güterzuges entzogen wurde,

Prot. p. 30. 31, 32, 37. 38, 43. 44, 88, 89. 92.

gelangte der Güterzug in eine solche Nähe zum Personenzuge, bevor ein Anhalten desselben versucht werden konnte, daß das Besetztsein der Bremsen der Güterwagen aller Wahrscheinlichkeit nach ohne Wirksamkeit geblieben sein würde. — Der Mit-Inculpat Schäfer giebt

Act. [14] p. 5

die Entfernung des Güterzuges vom Perſonenzuge zu der Zeit, als letzterer wahrgenommen wurde, nur auf 100 bis 150 Fuß an, welcher Angabe gegenüber es nicht in Betracht kommt, wenn er auf Seite 15 des Protocolls die Schuld des Unfalls von ſich ab und auf das Fehlen der Bremſer ſchiebt; und der in der Nähe des Sebaldsbrücker Bahnhofes ſtationirt geweſene, unbetheiligte Zeuge Othmer giebt übereinſtimmend mit jener Schäfer'ſchen Ausſage an, daß, als Schäfer, nachdem er den Perſonenzug erblickt, das Zeichen mit der Pfeife gegeben habe, es längſt zu ſpät geweſen ſei, um dem Unfalle vorzubeugen.

Prot. p. 88.

Daſſelbe geht aus den Ausſagen des Zollbeamten Roſe

Prot. p. 18

hervor. Dieſer deponirt: „erſt als der Feuermann in Sebaldsbrück (in der gewöhnlichen Weiſe) zum Anhalten gebremſt habe, habe Schäfer gerufen: „Mein Gott, da ſteht ja noch der Perſonenzug. Feſte! Feſte!" Bis dahin hätten ſie den Perſonenzug nicht geſehen." Freilich widerſpricht der Weichenwärter Diedrich Haake zu Sebaldsbrück der Othmer'ſchen Angabe,

Prot. p. 38,

allein die Ausſage dieſes Mannes, der, wie insbeſondere aus den ſpäteren Ermittelungen

Prot. p. 86. 92

hervorgeht, in der Lage war, die Schuld des Unfalls gerade von ſich abwenden zu müſſen, verdient hier keinen Glauben. Auch kann der Aeußerung des Feuermanns Duckſtein, daß ſeiner Meinung nach das Anſpannen der Bremſer noch von Wirkſamkeit geweſen ſein möchte,

Prot. p. 27,

zumal da es ſich hier um eine techniſche Beurtheilung handelt, keine Erheblichkeit beigemeſſen werden.

Demnach war, wie im Erkenntniß geſchehen, in Betreff beider Inculpaten abſolutoriſch zu ſprechen.

Frankfurt. 15.

J. Müller zu Heidelberg, Kläger, wider M. Linel zu Frankfurt, Beklagten, Forderung betreffend.

---

1) Erkenntniß des Stadtgerichts zu Frankfurt vom 27. Februar 1863.

I. — — — —

II. Die Klage ist auf Zahlung einer Provision von 5000 fl., abzüglich bezahlter 400 fl., mit annoch 4600 fl. gerichtet, welche der Beklagte dem Kläger für dessen Vermittelung bei dem Verkaufe eines der Gemeinde Ernsbach im Königreich Württemberg gehörig gewesenen Waldes versprochen habe. Als weiterer Klaggrund wird angegeben, daß Aron Linel, der Bruder des Beklagten, von Letzterem dazu bevollmächtiget, nach Abschluß des Kaufes die Richtigkeit und Fälligkeit der Provisionsforderung anerkannt habe. Beiden Klaggründen wird von dem Beklagten Widerspruch entgegengesetzt, indem er bezüglich des ersteren behauptet, die Provision von 5000 fl. sei nur unter der nach [13] act. nicht eingetretenen Bedingung versprochen worden, daß die Königlich Württembergische Regierung die Erlaubniß zur Abholzung und Urbarmachung des Waldes ertheile, auch sei das Versprechen nicht von ihm allein, sondern nur in Gemeinschaft mit seinen Mitkäufern Simon Linel und Samuel Rosenbaum (resp. dessen Nachfolger Moritz Budge) gegeben worden, und könne er daher eventuell nur für den dritten Theil der Provision in Anspruch genommen werden, wie es Kläger durch seine den drei Käufern ertheilte Quittung über die abschläglich bezahlten 400 fl., [9] act., auch anerkannt habe. Da diese Quittung aber nicht besagt, für wessen Rechnung Kläger die Zahlung erhalten, so kann durch dieselbe der Beweis der behaupteten Anerkennung noch nicht als geführt angenommen werden.

Kläger muß nun in Bezug auf beide Klaggründe als der beweispflichtige Theil erscheinen, da er nach den in der Rechtsprechung über qualificirtes Geständniß feststehenden Grundsätzen auch durch das von dem Beklagten bedingt zugegebene Provisionsversprechen von der Beweislast nicht entbunden wird, gleichwie auch die bei den Acten befindlichen Urkunden und sich aus denselben ergebenden sonstigen thatsächlichen Momente diese Beweise in keiner Hinsicht zu beseitigen geeignet sind.

Wenn bei der ursprünglichen Uebereinkunft zwischen den Parteien am 13. März 1862 [7] act. die Genehmigung der Regierung zur Abholzung und Urbarmachung des Waldes vorausgesetzt wurde, so war dies damals Bedingung des ganzen Geschäftes und konnte gar nicht speciell auf die nicht besonders erwähnte und lediglich in dem auf 60,000 fl. bestimmt gewesenen Kaufpreis mit 16,300 fl. einbegriffene klägerische Provision bezogen werden. Der Beweis der beklagtischer Seits behaupteten Bedingung wird daher durch diese Urkunde nicht hergestellt. Hierzu kommt aber, daß der Beklagte sich in [11] act. am 3. April 1862 unbedingt und persönlich verbindlich machte, dem Kläger eine Provision von 11,300 fl. zu zahlen, wenn der fragliche Kauf zu Stande käme, und daß Beklagter bei Ausstellung dieser Urkunde auch unzweifelhaft von der Ansicht ausgegangen ist, daß er nicht der alleinige Käufer des Waldes sei. Nachdem nun auch, wie sich aus [8] act. ergiebt, am 17. April 1862 der Kauf wirklich zu Stande gekommen ist, und zwar ohne daß Beklagter und seine Mitkäufer die Genehmigung der Regierung zur Abholzung und Urbarmachung zur Bedingung setzten, müßte das Versprechen der Provision und deren Fälligkeit sogar erwiesen erscheinen, wenn nicht Kläger in seinem Schreiben vom 25. April 1862, [14] act., selbst erklärt hätte, daß die Uebereinkunft vom 3. April 1862, [11] act., durch eine andere ersetzt worden wäre.

Es kann daher den Parteien nur vorbehalten bleiben, den Acteninhalt bei der Beweisführung mitzubenutzen.

Daß Beklagter endlich auch behauptet, Kläger hätte sich verbindlich gemacht, die Genehmigung zur Abholzung und Urbarmachung des Waldes zu bewirken und ihm deshalb zum Schadensersatz verpflichtet sei, kann nicht in rechtlichen Betracht gezogen werden, da er einen desfallsigen Schaden nirgends geltend gemacht hat.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

A. — — —

B. Kläger hat binnen vorzuberaumender Frist, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darzuthun:

entweder:

daß ihm der Beklagte im Monat April 1862 für seine Vermittelung bei dem Verkaufe des der Gemeinde Ernsbach im Königreich Württemberg gehörig gewesenen Waldes eine nach definitivem Kaufabschlusse zu zahlende Provision von 5000 fl. zu zahlen versprochen habe,

oder

daß Aron Linel, der Bruder des Beklagten, von Letzterem dazu bevollmächtigt, nach Abschluß des Verkaufes die Richtigkeit und Fälligkeit der klägerischen Provisionsforderung von 5000 fl. an den Beklagten anerkannt habe.

C. Dem Beklagten bleiben gegen die erste klägerische Beweisalternative auch die Beweise vorbehalten:

daß er die fragliche Provision nur unter der Bedingung, daß die Königlich Württembergische Regierung die Erlaubniß zur Abholzung und Urbarmachung des Waldes ertheile, oder nur in Gemeinschaft mit seinen beiden Mitkäufern des Waldes ertheilt habe.

D. Soll demnächst je nach dem Ergebniß der Beweisführung in der Sache selbst und der Kosten wegen weiter ergehen, was Rechtens.

2) Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Frankfurt vom 22. Mai 1863.

(Auf Appellation beider Theile.)

In der vorliegenden Klagsache hat das Stadtgericht auf Beweis erkannt, während Kläger mit seiner Principalbeschwerde sofortige Verurtheilung des Beklagten, der Beklagte hingegen mit seiner Principalbeschwerde sofortige Abweisung des Klägers und beide Theile mittelst eventueller Beschwerden anderweite Regulirung der Beweislast, beziehungsweise Normirung des Beweises beantragen.

Bei Beurtheilung dieser Beschwerden ist zunächst die der Klage gegebene Begründung zu erwähnen. Der Kläger verlangt, unter Angabe des Empfanges einer Abschlagszahlung von 400 fl., die Auszahlung eines Restbetrags von 4600 fl. von dem Beklagten, weil er demselben bei Ankauf des Ernsbacher Gemeindewaldes Oberamts Ohringen im Königreich Württemberg als Unterhändler gedient und ihm der Beklagte eine sofort nach definitivem Kaufabschlusse zu zahlende Provision von 5000 fl. zugesagt habe, weil im April 1862 der Kauf des Waldes vorbehältlich der Verkaufs-Genehmigung der vorgesetzten Behörde definitiv abgeschlossen, diese Genehmigung des Kaufgeschäftes im Lauf des Monats Mai 1862 ertheilt und hierauf der Kauf gerichtlich bestätigt und die Kaufbriefe ausgefertigt und behändigt worden; ferner weil, als er hierauf die ihm zugesagte, nunmehr fällige Provision von 5000 fl. von dem in Auftrag und in Vollmacht des Beklagten in Ernsbach anwesenden Bruder desselben gefordert, dieser die Richtigkeit und Fälligkeit der Forderung ausdrücklich und stillschweigend, letzteres insbesondere auch dadurch anerkannt, daß er ihm eine Abschlagszahlung von 400 fl. gemacht und die Unterlassung der Zahlung resp. die Geringfügigkeit der Abschlagszahlung damit entschuldigt habe, daß er in Folge geleisteter Zahlung der Angabe auf den Kaufpreis des Waldes kein weiteres Geld bei sich führe.

Von dem Beklagten ist geläugnet:

daß dem Kläger versprochen worden sei, ihm die Provision sofort nach definitivem Kaufabschlusse zu bezahlen,

und vielmehr als anderer Sachverhalt angegeben, daß die Zusage und Zahlung der Provision ausdrücklich an die von Anfang aller Unterhandlungen bestandene, nie aufgehobene und sich darum auch schließlich von selbst verstehende Bedingung geknüpft blieb, daß die Regierung die Genehmigung zur Urbarmachung des Waldes ertheile, daß der Kläger, seine Bekanntschaft mit den Württembergischen Rechtsverhältnissen vorgebend, die Zusage dieser Genehmigung ertheilt, beziehungsweise für die Ertheilung der Genehmigung durch die Regierungsbehörde die Garantie übernommen habe, daß nicht der Beklagte, sondern dieser und seine Theilnehmer an dem Kaufe dem Kläger die obige bedingte Provision versprochen hätten, indem die desfallsige Vereinbarung einerseits zwischen dem Kläger und andererseits zwischen dem Beklagten Michael Linel, ferner dessen Vater Simon Linel (vertreten durch seinen Bevollmächtigten Aron Linel) und dem Samuel Rosenbaum, in dessen Stelle jetzt Moritz Budge eingetreten, am 17. April 1862 getroffen worden sei. Gestützt auf diese Angaben eines andern Sachverhalts und das weitere Anführen, daß die nachgesuchte Genehmigung der Regierung zur Urbarmachung des Waldes noch nicht erfolgt sei, hat der Beklagte mit seiner Vernehmlassung beantragt, den klägerischen Provisionsanspruch als überhaupt verfrüht und rücksichtlich zweier Drittheile als unbegründet zurückzuweisen, in seiner Schlußerklärung dagegen die gänzliche Abweisung des Anspruchs verlangt, weil inzwischen die Genehmigung der Urbarmachung des Waldes laut [13] der Acten des Stadtgerichts von der Württembergischen Regierung versagt worden sei.

Gleichfalls hat der Beklagte geläugnet, daß die Richtigkeit und Fälligkeit des gegen ihn erhobenen Provisionsanspruchs je anerkannt worden. Er hat vielmehr behauptet, die laut [9] der Acten des St.-Ger. von Aron Linel und Max Budge dem Kläger gezahlten 400 fl. seien demselben aus Rücksicht auf sein vielfaches Bitten als unverbindliche Vorauszahlung

der Käufer und unter der ausdrücklichen Erklärung verabfolgt worden, daß er nicht eher etwas zu erhalten habe, als bis die Genehmigung der Urbarmachung des Waldes eingetroffen sei.

Da der Kläger diesen Behauptungen eines anderen Sachverhalts gegenüber die Angaben seiner Klage aufrecht hält, so liegt kein Grund vor, seine Klage, sei es als verfrüht, sei es als unbegründet, sofort zurückzuweisen. Eben sowenig kann aber auch von einer sofortigen Verurtheilung des Beklagten die Rede sein. Beide Theile haben sich zwar für ihre Behauptungen auf bei den Acten befindliche Urkunden berufen, allein ihr versuchter anticipirter Beweis kann überall nicht als ausreichend erachtet werden. Aus der Vereinbarung vom 13. März 1862 [7] der Acten 1. J. ergiebt sich zwar, daß bei einer in Aussicht genommenen Zahlung von 60,000 fl. für den Wald, von welchem Betrage die verkaufende Gemeinde 43,700 fl., der Kläger hingegen die übrigen 16,300 fl. zu erhalten gehabt hätte, die Befugniß des Käufers, den Wald abzuholzen und urbar zu machen, die ausdrückliche Voraussetzung dieses Projectes war. Desgleichen ergiebt [11] der Acten 1. J., daß eine spätere Zusage des Beklagten an den Kläger vom 3. April 1862 einfach für den Fall des Ankaufs des Waldes auf eine nach Genehmigung und Ausfertigung des Kaufbriefes zu zahlende Provision von 11,300 fl. lautete. Ob nun aber die schließlich bei einem Ankaufspreis von 40,300 fl. für den Wald mündlich vereinbarte Provision für den Kläger von 5000 fl., wie der Beklagte behauptet, durch die erfolgende Regierungsgenehmigung zur Urbarmachung des Waldes bedingt, oder ob sie, wie der Kläger angiebt und aus dem Inhalte von [7. 11.] und [14] der Acten des St.-Ger. durch Schlußfolgerung nachgewiesen erachtet, unbedingt und sofort zahlbar nach definitivem Kaufabschlusse zugesagt worden ist, darüber kann unmöglich unter Ausschließung des ordentlichen Beweisverfahrens, insbesondere über den von dem Beklagten behaupteten ausdrücklich bedingten Wortlaut der Zusage, schon jetzt erkannt werden. Zwar

zeigt der Kaufbrief, [8] der Acten 1. J., daß die Befugniß der Käufer zur Urbarmachung des Waldes in den Bestimmungen des Kaufbriefes nicht vorbehalten ist, und der Kläger findet darin die Bestätigung seiner Behauptung, daß der Beklagte von dieser ursprüglich in Aussicht genommenen Befugniß schließlich abgegangen sei; allein dieser Folgerung steht noch zur Zeit die Angabe des Beklagten entgegen, daß nur die klägerische Uebernahme einer Garantie für die erfolgende Regierungsgenehmigung zur Urbarmachung des Waldes den kaufenden Theil bestimmt habe, den Kaufbrief in seiner vorliegenden Form zu unterzeichnen.

Auch in Ansehung der abweichenden Angaben der Parteien über den Umfang der Verbindlichkeit des Beklagten kann das ordentliche Beweisverfahren nicht umgangen werden. Die hier nicht weiter in Frage stehende Provision von 11,300 fl. hatte nach dem Wortlaut der obigen Urkunde [11] nur der Beklagte dem Kläger zugesagt, übrigens unter dem Beifügen, daß im Fall des Eingehens auf den Kauf sein Vater an dem Kaufe Theil nehmen werde. Und die Quittung des Klägers vom 23. Mai 1862 in [9] der Acten 1. J. lautet:

> Von Herrn Simon und Michael Linel und Herrn Moritz Budge 400 fl. erhalten zu haben.

Ob und inwieweit die erste dieser Urkunden für den künstlichen Beweis einer Zusage der Zahlung der Provision von 5000 fl. durch den Beklagten Michael Linel, mit welchem allein der Kläger wegen dieser Provision contrahirt haben will, oder die zweite der obigen Urkunden für den künstlichen Beweis eines Contrahirens des Klägers mit Michael Linel, Simon Linel und Samuel Rosenbaum dienlich sein kann, ist dermalen nicht weiter zu untersuchen. Keiner der Streittheile ist befugt, dem Andern den unmittelbaren Beweis seiner Behauptung zu entziehen oder den Andern in der Benutzung aller zulässigen Beweismittel zu beschränken, zu deren Beibringung in dem ordentlichen Processe vor dem angeordneten Beweistermin keine Verpflichtung besteht.

Hiernach müssen die beiderseitigen Principalbeschwerden als unbegründet verworfen werden.

Das Gleiche gilt von der eventuellen klägerischen Beschwerde, welche dahin lautet, daß nicht der Kläger beweispflichtig sei, sondern der Beklagte, um der Verurtheilung zu entgehen, Beweis zu führen habe.

Da der obigen Darlegung zufolge der Beklagte die Klagebegründung in wesentlichen Punkten unter Angabe des andern Sachverhalts in Abrede gestellt hat, und da auch das s. g. qualificirte Geständniß als ein Verneinen der gegnerischen Behauptung aufzufassen ist, so hat der Kläger keinerlei Grund zur Beschwerde über die Vertheilung der Beweislast im Erkenntnisse des Stadtgerichts.

Hinsichtlich der eventuellen Beschwerden des Beklagten kommt Folgendes in Betracht.

Es kann keinem Bedenken unterliegen, das Datum in dem ersten klägerischen Beweissatz als 17. April 1862 zu erläutern, da beide Theile darin übereinstimmen, daß die Provision von 5000 fl. an diesem Tage vereinbart worden ist.

Dagegen ist die erste klägerische Beweisalternative zwar von einer unbedingten Zusage der Provision zu verstehen, es ist aber dem Kläger nicht der Beweis der Unbedingtheit der Zusage speciell aufzulegen,

Bayer, Vorträge, 8. Aufl. S. 739.

vielmehr genügt der Beweis einer ertheilten Zusage, die sich als eine bedingte nicht darstellt, während der Nachweis beigefügter Bedingung den Gegenbeweis bildet.

Auch dem Ansinnen, daß Kläger neben dem Zahlungsversprechen des Beklagten noch beweisen soll, der Beklagte habe für seine alleinige Rechnung Zahlung versprochen, kann nicht Folge gegeben werden. Wer eine Zahlungsverpflichtung eingeht, ohne sich als Contrahent in fremdem Namen darzustellen, von dem muß angenommen werden, daß er für eigene Rechnung contrahirt hat. Der Beklagte behauptet selbst nicht, daß er sich bei der dem Kläger ertheilten Zusage für $^{2}/_{3}$ der Provision als für Rechnung des Simon Linel

und des Samuel Rosenbaum handelnd dargestellt habe, sondern er behauptet vielmehr, daß er nur in persönlicher Gemeinschaft mit dem Genannten dem Kläger eine Provision von 5000 fl., mithin für seinen Antheil nur 1666 fl. 40 kr., versprochen habe, und dieser Beweis ist ihm vorbehalten.

Was die zweite Beweisalternative des Klägers betrifft, so liegt kein Grund vor, den Beweis der Anerkennung des klägerischen Anspruchs an den Beklagten durch Aron Linel auf eine ausdrückliche Anerkennung zu beschränken. Der Kläger hat sich in seiner Klage sowohl auf ausdrückliche als auch auf thatsächliche Anerkennung berufen, auch in letzter Beziehung bereits verschiedene Thatsachen angegeben. Inwieweit diese für seinen Beweis dienlich sein mögen, muß der Beurtheilung im Beweisverfahren vorbehalten bleiben. Das Erforderniß, daß Aron Linel von dem Beklagten zu einer Anerkennung ermächtigt gewesen sein muß, findet sich in der Beweisnormirung des Stadtgerichts bereits ausgesprochen.

Aus diesen Gründen wird das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 27. Februar 1863 mit der Erläuterung bestätigt, daß die Worte in der ersten klägerischen Beweisalternative „im Monat April 1862" vom 17. April 1862 zu verstehen sind.

Die Kosten dieser Instanz werden gegen einander verglichen.

---

3) Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 24. Februar 1865.

(Auf Appellation des Beklagten.)

In Erwägung

1) daß Beklagter und Appellant dieselben Beschwerden, welche er in gegenwärtiger Instanz erhoben hat, schon in zweiter Instanz aufgestellt hatte, diese Beschwerden aber aus den im Wesentlichen für zutreffend zu erachtenden Erwägungen zu dem in zweiter Instanz ergangenen Erkenntnisse vom 22. Mai 1863 sämmtlich für unbegründet zu erachten sind; und insbesondere

2) daß erst in dem bevorstehenden Beweisverfahren sich vollständig ergeben kann, welche Bedeutung für die Beweisführung den von den Parteien zu den Acten gebrachten Urkunden beizulegen sein wird, den Parteien aber rücksichtlich der Benutzung der schon zu den Acten vorliegenden Beweismittel nichts aberkannt worden;

3) daß die Fassung der Beweissätze, sowie die bisherigen Erkenntnisse dieselbe feststellen, die Behauptungen der Parteien, soweit sie noch bestritten sind, in sachgemäßer Weise berücksichtigt, jedenfalls aber dem Beklagten nicht zur Beschwerde gereicht, da ihm freigelassen worden, sowohl den Beweis der Bedingung, von welcher nach seiner Anführung das eingeklagte Versprechen abhängig gemacht worden, zu führen, als auch den Beweis zu erbringen, daß er dieses Versprechen nur in Gemeinschaft mit den beiden andern Käufern des fraglichen Waldes ertheilt habe, und es ihm selbstverständlich freisteht, alle Momente, aus denen seine nur theilweise Verpflichtung zu folgern sein möchte, bei der Beweisführung geltend zu machen;

4) daß die Anführung des Beklagten, Kläger habe die von ihm behauptete stillschweigende Anerkennung der klägerischen Forderung durch Aron Linel lediglich auf die am 23. Mai 1862 geschehene Abschlagszahlung gestützt, der Begründung in den Acten entbehrt, und

5) daß nach der Fassung des betreffenden Beweissatzes im Erkenntnisse des Stadtgerichtes sub B. Kläger zu beweisen haben wird, Aron Linel habe vom Beklagten eine Vollmacht von solchem Umfange erhalten, daß er durch die Anerkennung der klägerischen Forderung den Beklagten rechtlich verpflichten konnte, es aber unzweifelhaft nicht erforderlich war, den Beweis des Klägers darauf zu beschränken, daß Beklagter den Aron Linel speciell zur Anerkennung der fraglichen Forderung autorisirt habe;

6) daß endlich, wenn die Anerkennung der Richtigkeit und Fälligkeit dieser Forderung in den Beklagten rechtlich verbindender Weise vom Kläger dargethan werden sollte,

dieser Anerkennung gegenüber die dem Beklagten bezüglich der ersten Alternative des stadtgerichtlichen Beweissatzes sub B. freigelassenen Beweise nicht weiter in Betracht kommen können; —

erkennt das Oberappellations-Gericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 22. Mai 1863 unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu bestätigen sei.

Lübeck. 16.

Die Aeltesten der Hauszimmerleute **C. G. Lehmann** und **L. C. Meyer** zu Lübeck, Kläger, gegen Dr. **R. H. Cords** zu Travemünde, Beklagten.

Rechtsfall: Dr. Cords, Eigenthümer der Travemünder Badeanstalt, hatte im Sommer 1863 in der Nähe des sogen. Seetempels auf ihm gehörigem Grunde eine Ziegelscheune von Fachwerk erbaut, und sich dabei für die Zimmerarbeit Unzünftiger bedient. Das Amt der Hauszimmerleute belangte ihn deßhalb wegen unbefugten Bauens, und gründete seine Klage darauf, daß das Grundstück, auf dem das qu. Gebäude erbaut sei, innerhalb des Travemünder Jurisdictionsbezirks und außerhalb der Gneversdorfer Scheide, also innerhalb ihres Zunftgebiets liege. In der Vernehmlassung gab der Beklagte die Lage der fraglichen Scheune, deren Bau durch Unzünftige er einräumte, dahin an, sie liege am Brodtener Ufer, und wie er in der Duplik näher behauptete, in der Gneversdorfer resp. Brodtener Feldmark, bestritt aber auch für den Fall, daß der Platz zum Jurisdictionsbezirk von Travemünde gehöre, daß Kläger ihm diesen Bau verbieten

könnten, indem ihr Zunftrecht sich nur auf Lübeck nebst Landwehr und auf das Städtchen Travemünde, nicht aber auf dessen weiteren Jurisdictionsbezirk beziehe. Replicando machten die Kläger geltend, der fragliche Grund sei alter Besitz der Stadt Lübeck, weil im Jahre 1329 von diesem zugleich mit Travemünde erworben. Dieser aber sei ihrem Zunftgebiet unterworfen, und verwiesen sie hierfür auf das Erkenntniß des O.-A.-Gerichts in Sachen Kindt u. Cons. wider den Müller Ziems vom Novbr. 1856.*)

Wettegerichts-Erkenntniß
vom 9. Februar 1864.

In Erwägung daß, den thatsächlichen Grund der Klage anlangend, Beklagter einräumt, daß er am Brodtener Ufer, unfern des Seetempels und außerhalb der Gneversdorfer Scheide, am Strande der Ostsee, eine Ziegelscheune habe aufrichten lassen, sowie daß die dabei vorgekommenen Hauszimmerarbeiten durch dem klägerischen Amte nicht Angehörige beschafft worden seien;

daß, soviel den Rechtspunkt betrifft, die Klage darauf gestützt ist, daß

---

*) In den Entscheidungsgründen dieses Erkenntnisses heißt es:

.... Die Einwendung, Travemünde liege außerhalb des lübeckischen Zunftgebietes, da dieses sich nicht über die Landwehr hinaus erstrecke, ist ein Irrthum. Der Gegensatz des Gebietes innerhalb und außerhalb der Landwehr berührt rechtlich Travemünde nicht, sondern ist nur der des alten Stadtgebiets einerseits und der späteren Erwerbungen, also namentlich der s. g. Kämmerei-Dörfer und der ehemals zum Domcapitel gehörenden andrerseits. Travemünde ist alter Besitz der Stadt, und steht namentlich in gewerblicher Beziehung, also rücksichtlich der Verbietungsrechte der lübeckischen Zünfte, dem Gebiete innerhalb der Landwehr rechtlich im Wesentlichen gleich, während factisch insofern ein Unterschied zwischen ihnen stattfindet, daß bei der Entlegenheit des Städtchens von dem Sitz der Zünfte und in Berücksichtigung seiner Populationsverhältnisse mehre und andere Handwerke, als sonst auf dem platten Lande in der Regel gestattet sind, mit Bewilligung der lübeckischen Zünfte dort im Ort selbst betrieben werden.

1) dem klägerischen Amte das ausschließliche Recht zustehe, innerhalb des Zunftgebietes alle Hauszimmerarbeit auszuführen, und

2) das Grundstück, auf welchem die gedachte Ziegelscheune errichtet worden, in jenem Gebiete belegen sei;

daß von diesen beiden Behauptungen Beklagter zwar erstere nicht bestreitet, letztere jedoch mit Bestimmtheit in Abrede stellt;

daß demnach Kläger den von dem Beklagten geleugneten Theil des rechtlichen Grundes ihrer Klage zu erweisen haben, und zwar um so gewisser, da, wenngleich es notorisch und durch neuere gerichtliche Entscheidungen (s. Erkenntniß des Wettegerichts vom 24. Juli 1855 in Sachen der Bäcker zu Travemünde w. den Müller Ziems, wegen Brodverkaufs, bestätigt durch die Urtheile des Obergerichts vom 29. Novbr. 1855 und des Ober=Appellationsgerichts vom 29. Novbr. 1856) anerkannt ist, daß der den hiesigen Zünften zustehende Zunftzwang nicht bloß auf das Städtchen Travemünde selbst, sondern auch auf dessen Feldmark sich erstreckt, doch von den Klägern nur allgemein behauptet worden ist, daß das in Rede stehende Grundstück innerhalb des Jurisdictionsbezirkes des Gerichtes Travemünde liege, ohne hervorzuheben, daß dasselbe auch in der Feldmark von Travemünde belegen sei;

daß nun aber jener Beweis nicht bereits hergestellt ist, namentlich nicht durch die Berufung der Kläger auf eine im Urkundenbuche der Stadt Lübeck abgedruckte Urkunde vom Jahre 1329 und durch die daraus entnommene Thatsache, daß das fragliche Grundstück alter Besitz der Stadt Lübeck sei, indem aus dieser Thatsache, selbst wenn dieselbe als wahr sich erwiese, keineswegs ohne Weiteres folgen würde, daß das mehrerwähnte Grundstück dem Zunftzwange der städtischen Zünfte unterworfen sei;

daß dagegen, falls Kläger den ihnen obliegenden Beweis erbringen würden, die Klage an sich, der von dem Beklagten

vorgebrachten Einwendungen ungeachtet, für begründet zu halten ist;

daß insbesondere darauf, wo die fragliche Ziegelscheune früher gestanden hat, und unter welchen Bedingungen dieselbe von dem Beklagten gekauft worden ist, vorliegend überall nichts ankommt, da, wie Beklagter stillschweigend eingeräumt hat, die Aufrichtung des Gebäudes für seine Rechnung auf einem ihm gehörigen Grundstücke erfolgt ist;

daß ebensowenig der von dem Beklagten behauptete Umstand, es sei die Scheune nicht neu gebauet worden, selbst wenn erwiesen, bei der Allgemeinheit des dem klagenden Amte auf sämmtliche Hauszimmerarbeiten zustehenden Verbietungsrechtes, die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung einer Entschädigung an das klagende Amt aufheben würde, derselbe vielmehr nur auf die Größe der eventuell zu zahlenden Entschädigung — worüber die Entscheidung für jetzt noch auszusetzen ist — von Einfluß sein möchte;

daß endlich der Einwand des Beklagten, die Scheune sei von Leuten, welche bei ihm in Lohn und Brod gestanden, errichtet worden, keine Berücksichtigung finden kann, da es durch mehrfache gerichtliche Präjudicate anerkannt ist, daß die ausschließlichen Arbeitsbefugnisse der Handwerkszünfte nur den wirklichen Dienstboten gegenüber hinwegfallen, nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten aber das Vorhandensein eines solchen Dienstbotenverhältnisses nicht angenommen werden darf;

erkennt das W.-G. für Recht:

Kläger sind schuldig, binnen 14 Tagen, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, zu Recht zu erweisen:

daß das Grundstück, auf welchem die streitige Ziegelscheune errichtet worden, innerhalb des Lübeckischen Zunftgebietes gelegen sei;

worauf sodann, je nach dem Ergebnisse solcher Beweisführung, weiter erkannt werden wird, was Rechtens.

Obergerichts-Erkenntniß
vom 11. Mai 1864.

Es wird der in dem angefochtenen Erkenntnisse den Klägern auferlegte Beweis dahin geändert, daß sie innerhalb einer vom Gerichte erster Instanz zu bestimmenden Frist, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, zu beweisen haben:

daß das Grundstück, auf welchem die streitige Ziegelscheune errichtet worden, weder innerhalb der Gneversdorfer, noch innerhalb der Brodtener Feldmark liege.

In solcher Maaße wird die Sache an die erste Instanz, nunmehr das Stadt- und Landgericht, zurückverwiesen und sind die Kosten dieser Instanz zu compensiren.

Entscheidungsgründe.

Da in den vorliegenden Acten mehrfach von der s. g. Bannmeile die Rede gewesen ist, so scheint es, um die streitige Frage von allen derselben fremdartigen Gesichtspunkten frei zu halten, angemessen, vorweg daran zu erinnern, daß in zunftrechtlicher Beziehung zwei verschiedene Localitäten unterschieden werden müssen, nämlich

1) der Ort, wo die streitige Arbeit verfertigt worden, von welchem aus sie in das Zunftgebiet eingeführt ist, und
2) der Ort, wohin sie gebracht ist und wo sie Verwendung finden soll.

Nur auf den ersteren, den Productionsort, bezieht sich das Institut der s. g. Bannmeile, welches sich nach dem s. g. Bönhasen-Mandat vom 1. Novbr. 1735, in dem jede Einfuhr einer auswärts von Unzünftigen gemachten Arbeit unbedingt verboten war, als eine beschränkende Auslegung dieses im Uebrigen noch jetzt als normirend vom Oberappellations-Gerichte

vgl. Bruhn I. p. 350.

und vom Wettegerichte

vgl. Urth. v. 1. April 1856 in S. Schmiede- und Rademacher-Amt w. Facklam und Fischer wegen eines Rollwagens,

anerkannten Gesetzes gewohnheitsrechtlich dahin ausgebildet hat, daß nur die innerhalb eines Umkreises von 8 Meilen gefertigten Arbeiten als der Einfuhr entzogen anzusehen sind.

vgl. Wehrmann, Zunftrollen S. 100, und das angeführte Urtheil des Wettegerichts v. 1. April 1856.

Es ergiebt sich hieraus, daß in Streitigkeiten, wo es auf die Bannmeile ankommt, die auf Hoheits- und Jurisdictions-Verhältnisse sich stützende politische Geographie gleichgültig, vielmehr nur die physische Geographie entscheidend ist.

Nun liegt freilich Sierckstorf, wo der Beklagte das fragliche Gebäude gekauft zu haben behauptet, noch innerhalb der Bannmeile. Es haben aber die Kläger hierauf kein Gewicht gelegt und würde das auch irrelevant sein, wenn der unstreitig innerhalb des Lübeckischen Gebietes belegene Ort, wo das Gebäude im vorigen Sommer aufgerichtet ist, dem Verbietungsrechte der hiesigen Zünfte entzogen wäre.

Hierum allein also handelte es sich in diesem Falle. Es war dabei zu untersuchen, ob und in welchem Sinne die in den adjungirten Acten i. S. Kindt u. Cons. im Beistande der Aeltesten des Weiß- und Fast-Bäcker-Amts zu Lübeck wider den Müller Ziems zu Travemünde vom Oberappellations-Gerichte gemachte Unterscheidung zwischen altem Besitz und neuen Erwerbungen der Stadt Lübeck richtig sei?

Zwei hiesige Gesetze giebt es, worin über die auf den Verwendungsort der Arbeiten sich beziehende Ausdehnung hiesiger Zunftrechte etwas bestimmt ist.

a) In dem Recesse von 1605 heißt es nach J. J. Moser, Reichsstädtisch Handbuch Thl. II. S. 188:

„So viel aber die Waaren, so die Bürger und Andere „außerhalb der Stadt auf den Dörfern oder Höfen verfertigen „lassen, betrifft, sollen die, wann sie in die Stadt gebracht, „oder sonsten in Jurisdictione Senatus betroffen, — genommen, confisciret, oder gemeinem Gute verfallen sein."

b) In dem erwähnten Mandate vom 1. November 1735 wird „einem jeglichen dieser Stadt Bürger, Einwohner

„und Unterthanen, wes Standes und Condition dieselbe
„auch seien, ernstlich geboten und respective untersagt, daß sie

„I. Keine Bönhasen-Arbeit, weder in oder außer der
„Stadt und Landwehr verfertigen lassen — — — — —

„III. — — — (werden) „die aus dieser Stadt Land-
„wehr und Jurisdiction ernstlich verwarnet —, von kei-
„nem dieser Stadt und deren Gebiete Angehörigen
„einige heimliche Arbeit anzunehmen und zu verfertigen —
„— — Auswärtige aber, die von dieser Stadt Bürgern, Ein-
„wohnern und Unterthanen ihnen gebrachte Arbeit zu
„machen, oder das von ihnen auf Verkauf Gemachte in
„hiesige Jurisdiction einzubringen."

Bei der Anwendung dieser Gesetze in unserer Zeit sind folgende Momente aus der Geschichte des Lübeckischen Gebietes zu berücksichtigen.

I. Erst durch den Reichsdeputations-Hauptschluß von 1803 sind

α) die früheren Capitelsdörfer und

β) die Dörfer des Johannis-Klosters (vgl. Dittmer Geschichte des Johannis-Klosters S. 173—174)

unter die unmittelbare Jurisdiction dieser Stadt gekommen.

II. In Betreff der Kämmereidörfer meint zwar der Beklagte, daß sie alter Besitz seien und also, da sie den Zunftrechten nicht unterworfen seien, gegen die zunftrechtliche Relevanz des alten Besitzes in Betracht kämen. Dabei sind indeß einige Momente aus der Geschichte dieser Dörfer übersehen.

Bei dem Erwerbe der Ritzerau'schen Güter hatte der lehnsherrliche Consens des Herzogs von Lauenburg besonders verkauft werden müssen.

vgl. Becker, Gesch. der Stadt Lübeck I. S. 423.

Dieser Lehnsnexus zu Lauenburg gab Veranlassung, daß in dem Processe, welcher später über die Vogtei Mölln geführt wurde, man seit dem Jahre 1580 auch alle jene Güter, die jetzigen s. g. Kämmereidörfer, der Stadt Lübeck streitig machte.

vgl. Behrens Topographie 2. Aufl. I. S. 118. 119.

In diesem Processe war am 23. Juni 1727 ein Urtheil des Reichskammergerichts ergangen, welches der Stadt Lübeck die Edition aller auch auf Ritzerau und die Möllnischen Pertinenzen bezüglichen Documente befahl, und es ward in den nächsten Jahren hierüber lebhaft verhandelt,

vgl. Becker l. c. Bd. III. S. 224 ff.

bis erst durch den Vergleich von 1747 die jetzt s. g. Kämmereidörfer der Stadt Lübeck definitiv zugestanden wurden.

vgl. Becker l. c. Bd. III. S. 270.

Bei einem Gesetze, welches eine so enge und feste Beziehung des Gebietes zur Stadt voraussetzt, wie das Mandat vom 1. Novbr. 1735, konnte man daher jene streitigen Dörfer damals wohl als ausgenommen von der allgemeinen Bezeichnung des Gebietes oder der Jurisdiction betrachten, und es hat sonach guten Grund, daß das Oberappellations-Gericht nicht die Lage einer Oertlichkeit innerhalb oder außerhalb der Landwehr, sondern vielmehr nur den Umstand für zunftrechtlich relevant erklärt hat, ob dieselbe alter Besitz der Stadt Lübeck oder neue Erwerbung sei. Alter Besitz in diesem Sinne ist alles Dasjenige, was am 1. Novbr. 1735 unbestritten unter der Jurisdiction dieser Stadt sich befand, alles Andere neue Erwerbung.

Aus dieser Lage der Dinge ergeben sich für Streitigkeiten über die Frage: ob die Zunftrechte auf eine gegebene Oertlichkeit anzuwenden sind? folgende Regeln über die Vertheilung der Beweislast:

1) Liegt der Ort unbestritten in dem alten Besitze, so hat die Partei, welche die Geltung der Zunftrechte an demselben behauptet, fundatam in jure intentionem, und der Gegner muß den Beweis einer Exemtion, wenn er solche behauptet hat, übernehmen.

2) Liegt der Ort in den neu (d. h. den seit 1735) erworbenen Gebietstheilen, so gilt das Umgekehrte.

3) Ist es ungewiß, ob ein gegebener Platz zum alten Besitze oder z. B. zur Feldmark eines Capitelsdorfes gehöre, so wird die allgemeine Regel von der Beweislast des klagen-

den Theils eintreten. Es wird aber dann nach dem allgemeinen processualischen Grundsatze, daß jeder Beweissatz auf bestimmte Thatsachen zu richten ist, und nicht eine logische Mischung von Thatsachen und Rechtssätzen enthalten darf, der Beweissatz gerade auf die streitige Thatsache, also darauf zu richten sein, daß der Ort zu der Feldmark des fraglichen Capitelsdorfes gehöre oder resp. nicht gehöre.

Dieser letztere Fall liegt hier vor, da der Beklagte durch die wechselnde Fassung seiner verschiedenen Erklärungen es ungewiß gelassen hat, ob er behaupten will, daß der fragliche Ort innerhalb oder außerhalb der Gneversdorfer Feldmark liege. Bei der Fassung des Beweissatzes war von der notorischen Thatsache auszugehen, daß es an dem ganzen Ostseestrande von dem Norder-Bollwerk bis zur Fürstlich Lübeckischen Gränze außer den Feldmarken der früheren Capitelsdörfer Gneversdorf und Brodten nur alten Besitz der Stadt Lübeck giebt, welche Thatsache die eventuelle Beschwerde der Kläger vollständig rechtfertigt und für die darin erbetene Fassung des Beweissatzes spricht.

Der von den Klägern in Abschrift beigebrachte Kaufbrief von 1329 konnte nicht geeignet sein, den Beweis überflüssig zu machen, weil die in demselben gegebene Ortsbeschreibung in der gegenwärtigen Beschaffenheit jener Gegend nicht mehr die zu rechtlicher Gewißheit erforderlichen Anhaltspunkte findet, und wegen der Verheerungen, welche die See während eines halben Jahrtausends dort angerichtet hat, auch wohl nicht mehr finden kann.

Die Proceßkosten waren wegen des Wechsels der Erkenntnisse zu compensiren.

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 25. Februar 1865.

(Auf beklagtische Appellation.)

In Erwägung, daß

1) die Gründe, aus welchen die vorigen Richter für den Fall, daß der Platz, worauf die fragliche Ziegelscheune ge-

bauet worden, im ehemaligen Jurisdictionsbezirk von Travemünde liegen sollte, einen besonderen Beweis, daß derselbe zum Zunftgebiete der Kläger gehöre, nicht für erforderlich erachtet haben, vom Beklagten in keiner Weise widerlegt sind, indem, wenn insbesondere dawider geltend gemacht wird, daß das Dorf Malkendorf zum alten Besitze der Stadt Lübeck gehöre, gleichwohl aber den Verbietungsrechten der hiesigen Zunft nicht unterworfen sei, dabei übersehen worden, daß die Territorialhoheit der Stadt über diese Holsteinische Enclave erst durch den Staatsvertrag vom 22. Januar 1802 Art. III.

Seestern-Pauly, Beiträge zur Kunde der Geschichte 2c. des Herzogthums Holstein, Thl. 1. S. 88,

anerkannt ist, dieses Dorf mithin allerdings zu den neueren Erwerbungen der Stadt gehört; überdieß aber, wenn in sämmtlichen Dörfern außerhalb der Landwehr die Verbietungsrechte der Lübeckischen Zünfte keine Geltung haben sollten, dies nicht bloß in der Thatsache ihres späteren Erwerbs, sondern auch in der Lage und Eigenschaft dieser Dörfer seinen Grund haben würde, insofern dieselben nämlich sämmtlich entweder fernab liegende Enclaven fremder Territorien oder ehemalige Theile geistlicher Gebiete sind, welchen wie namentlich den ehemaligen Capitelsdörfern ihre bis zum Uebergange unter Lübeckische Hoheit genossenen Freiheiten bewahrt geblieben;

Staatsvertrag vom 2. April 1802. Art. 18 bei Seestern-Pauly a. a. O. S. 109.

hiernach

2) auch die vom Obergericht dem den Klägern auferlegten Beweise gegebene Fassung sich vollkommen rechtfertigt, indem Beklagter diesen Beweis mit Unrecht dahin normirt verlangt, daß der fragliche Platz in der Travemünder Feldmark liege, da, auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, derselbe, wenn nur nicht nach des Beklagten Behauptung in der Gneversdorfer oder Brodtener Feldmark belegen, zum alten zugleich mit Travemünde erworbenen Stadtgebiete gehören würde;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Formalien der Appellation zwar für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Lübeck vom 11. Mai 1864, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei.

Hamburg. 17.

Dr. **F. H. Winterhoff** m. n. **P. H. Rey** bei Cappel im Königreich Hannover, jetzt derselbe m. n. der Vormünder für des verstorbenen **Rey** minderjährige Kinder, Kläger, gegen die Curat. bon. von **F. A. Günther,** nach späterer Abänderung von **J. F. A. A. Günther** in Firma **F. A. Günther** und **H. C. A. Günther,** Beklagte, Vindication betr.

Der Erwerb des dem Miteigenthümer zustehenden Antheils wird dadurch nicht behindert, daß sowohl seine, des Tradenten, als auch des Erwerbers Absicht und Meinung auf Uebertragung und Erwerb des gesammten Eigenthumsrechts gerichtet war.

Uebereinstimmend mit der Praxis der Hamburgischen Localgerichte nimmt das Oberappellations-Gericht die Regel an, daß Anerkennungen oder Geständnisse späterer Falliten, welche, wenn ein Fallissementsausbruch bevorstand, abgelegt wurden, und den Zweck hatten, Jemandem einen ihm übertragenen Vermögenstheil, der späteren Creditorschaft gegenüber, zu sichern, als verdächtig zu behandeln sind, und daher als beweisend nicht gelten können.

Rechtsfall: Friedrich Günther hatte seit dem Jahre 1856 ein Handelsgeschäft unter der Firma „F. A. Günther" betrieben. Im November 1859 wurde zwischen ihm und seinem Bruder Hermann Günther ein Societätsvertrag ge-

schlossen, zufolge dessen es der letztere in das bestehende Geschäft als Theilhaber eintrat. Aus diesem Vertrag ist hervorzuheben, daß (§ 5) H. Günther 10,000 ℳ Capital einschießen sollte, und (§ 7), daß dem H. Günther zur Sicherstellung wegen seines Einschusses das ganze Waarenlager der Firma durch eine förmliche Cessionsacte übertragen und überwiesen werden solle. „Diese Cession solle jedoch dem Fr. Günther gegenüber nur die Wirkung haben, daß H. Günther für seine Einlage möglichst gesichert werde, nicht aber durch dieselbe dem letzteren das Recht gegeben werden, sich als den alleinigen Eigenthümer des Geschäfts betrachten zu dürfen." — Am 7. Februar 1860 verkaufte und tradirte hierauf Fr. Günther dem H. Günther diverse Waaren, nebst Ladeneinrichtung und Mobilien für Crt. ℳ 10,000. Der Kaufpreis ward durch Compensation einer angeblichen Darlehnsforderung des H. Günther berichtigt, und heißt es hierüber im § 1 der Acte: „F. A. Günther bekennt von seinem Bruder im December 1859 Crt. ℳ 10,000 als baares Darlehn empfangen zu haben, und um seinen Bruder H. Günther für diese Crt. ℳ 10,000 unter allen Umständen sicher zu stellen, verkauft und überträgt Fr. Günther sämmtliche oben genannte Gegenstände dem H. Günther zum vollen und wahren Eigenthum (§ 4). Um jedoch Fr. Günther in seinem Geschäftsbetrieb nicht zu stören, läßt H. Günther demselben die gekauften Gegenstände vorläufig zum Debit." Diese Acte wurde von beiden Günther unterzeichnet und notariell beglaubigt.

Diese ihm unter dem 7. Februar übertragenen Gegenstände verkaufte und tradirte H. Günther demnächst in Gegenwart des miterschienenen Fr. Günther am 26. April 1860 an seinen Schwiegervater, den Hofbesitzer P. H. Rey, für den Preis von 6634 ℳ 12 ß, dergestalt, „daß Rey jeden Augenblick berechtigt sein solle, über dieselben, wie über sein sonstiges Eigenthum, nach freiester Willkür zu verfügen;" laut § 2. 3. des Vertrags acceptirte und bezahlte Rey compensando mit einer Forderung derselben Größe; laut § 4 ließ er jedoch die Gegenstände im Geschäftslocal von

Fr. Günther, in Firma F. A. Günther, und beauftragte beide Gebrüder Günther, den Detailverkauf zu besorgen, auch für den Erlös neue gleichartige Gegenstände für seine des Rey Rechnung wiederum anzuschaffen, dergestalt, daß die neu angeschafften Stücke stets an die Stelle der verkauften treten, und das qu. Lager stets in dem Umfang erhalten werden solle, wie es gegenwärtig vorhanden sei. — Schließlich behielt Rey sich vor, diesen Ver- und Einkaufsauftrag, mit dem sich H. und Fr. Günther einverstanden erklärten, jeden Augenblick wieder zu revociren.

Nach geschehener Tradition wurde die Acte unterzeichnet vom Verkäufer Hermann Günther und dem Käufer Rey, sowie von Friedr. Günther, jedoch ohne weitere Bezeichnung seiner Qualität. Am 2. Juli 1860 erklärte sich Fr. Günther insolvent, und wurden die jetzigen Beklagten zu Curatores bon. bestellt; am 23. August trat H. Günther der Fallit-erklärung seines Bruders bei, da er durch den Societätsvertrag vom November 1859 Theilhaber der Firma „F. A. Günther" geworden.

Da die Curat. bon. sich weigerten, dem Rey die oben erwähnten Gegenstände auszuliefern, so klagte derselbe auf Herausgabe, und stützte, unter Vorlegung der oben erwähnten drei Acten, seine Klage auf die am 26. April 1860 von H. Günther an ihn geschehene Tradition. Rey starb pendente lite, seine Kinder reassumirten den Proceß, jedoch mit Ausnahme der Ehefrau des H. Günther.

I. Niedergerichts-Erkenntniß vom 31. März 1862.

Da die principaliter erhobene possessorische Klage aus den im Erkenntnisse vom 24. Juni 1861 in Sachen derselben Parteien Nr. I. ausgeführten Gründen als unbegründet zurückzuweisen ist, — da somit nur noch die eventualiter erhobene Vindicationsklage in Frage steht, welche sich auf die zur Klage, als Anlagen 2 und 3 beigebrachten, von den Beklagten als ungültig angefochtenen beiden Verkaufsacten stützt;

da, so viel die erste dieser Acten (Anlage 2) betrifft, in derselben Hermann Günther als Verkäufer am 26. April 1860 dem Kläger Rey als Käufer einen Theil derjenigen Waaren verkauft hat, welche er nach § 1 dieser Acte von seinem Bruder Friedrich Günther, in Firma F. A. Günther, laut einer früheren, am 7. Febr. 1860 vollzogenen Verkaufsacte (Anlage 1) zum privativen Eigenthume erworben haben will, — da demnach die Beurtheilung der Rechtsbeständigkeit der libellirten ersten Verkaufsacte (Anlage 2) von der Prüfung der Rechtsbeständigkeit der voraufgegangenen Acte vom 7. Febr. 1860 auszugehen hat;

da die Beklagten diese letzte Acte um deshalb als nichtig anfechten, weil der Käufer Hermann Günther zur Zeit ihrer Errichtung und zwar laut des beigebrachten Societätscontractes (Anl. A.) bereits seit dem 1. Decbr. 1859 socius des unter der Firma F. A. Günther etablirten Verkäufers Friedrich Günther gewesen sei, und derartige Deckungsverträge, welche zwischen zwei sociis zur Sicherung des Geschäfts-Einschusses des einen derselben aufgemacht sind, jeder rechtlichen Gültigkeit entbehrten;

da, wenn der Kläger diese Societätsacte zunächst als unverbindlich und unwirksam für Herm. Günther anfechten zu können vermeint, weil derselbe bei ihrem Abschlusse noch unmündig gewesen, dieser Anfechtungsgrund entschieden hinfällig ist, indem Herm. Günther diesen Vertrag unter ausdrücklicher Zustimmung und unter dem Beitritte seines Vaters, als seines gesetzlichen Vertreters, geschlossen hat, und indem derselbe ferner bereits am 3. Jan. 1860 von seiner Landesbehörde für volljährig erklärt war, — da unter diesen Umständen kein Zweifel darüber obwalten kann, daß der gedachte Societätsvertrag zur Zeit der Errichtung der fraglichen Verkaufsacte (Anl. 1) für Hermann Günther völlig rechtlichen Bestand hatte, wie denn auch dieser Societätsvertrag zwischen den beiden Brüdern stets in vollster rechtlicher Geltung geblieben ist, und demnach um so weniger einem Dritten (dem Kläger Rey) die Befugniß zustehen kann, aus

der Person des Herm. Günther hinterher diesen Societätsvertrag als unverbindlich anzufechten, zumal wenn, wie dies hier der Fall ist, dieser Dritte durch seine Mitunterzeichnung des Societätscontractes volle Kunde von dem desfallsigen Verhältnisse erworben hatte;

da eben so wenig der fernere Einwand des Klägers für begründet erachtet werden kann, daß durch diesen Societätsvertrag nur das Verhältniß einer stillen Gesellschaft zwischen Hermann Günther und dem Friedrich Günther als Inhaber der Firma F. A. Günther hergestellt sei, weil das für ein solches Verhältniß charakteristische Merkmal, daß der stille socius (Herm. Günther) sich nur mit einem bestimmten Einschuß-Capitale bei der Societät betheiligt und darüber hinaus für die Geschäfte der Gesellschaft nicht verantwortlich sein soll,

vgl. Brinckmann Handels-Recht § 49.
Deutsches Handels-Gesetzbuch Art. 250 u. 255.

hier gänzlich fehlt, — da vielmehr aus allen Bestimmungen des fraglichen Societätsvertrages der unbedingte und unbeschränkte Eintritt des Herm. Günther in das von Friedrich Günther früher allein geführte Geschäft mit allen Rechten und Pflichten eines vollen socius auf das unwiderleglichste hervorgeht, — da auch der Umstand, daß die Bestimmung dieses Vertrages in § 1, wonach mit dem Eintritte des Herm. Günther die obgedachte Firma in „Gebrüder Günther" abgeändert werden sollte, nicht zur Ausführung gekommen, und daß der Eintritt des Herm. Günther in das Geschäft nicht zur Publication gebracht ist, das innere Wesen des geschlossenen Vertrages nicht verändern kann, indem unbestritten Herm. Günther, wenn er auch äußerlich wirklich stets nur als Procurist von F. A. Günther hervorgetreten sein sollte, doch alle Rechte und Pflichten eines wirklichen Theilhabers ausgeübt, und sich auch später nach dem Fallissemente jener Firma als deren socius angegeben und bekannt hat;

da die Nichtpublicirung dieses Societäts-Verhältnisses auch um so irrelevanter hier erscheint, als nicht in Frage

steht, ob Herm. Günther mit seinem etwanigen sonstigen, nicht in die Societät eingebrachten Privatvermögen den Gläubigern derselben verhaftet sei und es vielmehr hier für die Beurtheilung der Rechtsgültigkeit der zwischen den beiden Brüdern errichteten Verkaufsacte (Anl. 1) eben nur darauf ankommt, welches rechtliche Verhältniß zwischen denselben bestand, als sie diese Verkaufsacte mit einander errichteten, — da nun, wie bereits oben hervorgehoben wurde, das Verhältniß unzweifelhaft nur als eine collective Societät aufgefaßt werden kann, zu deren gültigen Eingehung, so viel das Verhältniß der socii zu einander betrifft, es irgend welcher Förmlichkeiten oder Publicationen nicht bedarf;

Deutsches Handels-Gesetzbuch Art. 85.

da unter diesen Verhältnissen die zwischen den beiden Brüdern Günther am 7. Febr. 1860 errichtete Verkaufsacte jeder rechtlichen Geltung entbehrt, indem in derselben wahrheitswidrig und in geradem Widerspruche mit der früher geschlossenen Societätsacte angegeben ist, daß Herm. Günther die Crt. ℳ 10,000, welche er bei und nach seinem Eintritte in das Geschäft als einen Geschäfts-Einschuß geleistet hatte, dem Verkäufer Friedrich Günther als Darlehen vorgestreckt habe, und indem es ferner mit dem Begriffe der Societät und mit dem Rechtssatze, daß niemand mit sich selbst contrahiren kann, völlig unvereinbar erscheint, daß die nach Eingehung einer Societät den Theilhabern derselben zum gemeinschaftlichen Eigenthume gewordenen Activa der Gesellschaft hinterher von einem socius dem anderen zu dessen privativem Eigenthume abgetreten und übertragen worden, um demselben als Deckung für seinen Geschäfts-Einschuß zu dienen, — da diese in sich völlig ungültige Transaction auch dadurch keine Rechtsgültigkeit erlangen kann, daß schon in dem Societätsvertrage (§ 7) die künftige Vornahme einer solchen, dem Wesen der Societät widerstreitenden Maßregel vorgesehen ist;

da aber auch, wenn man den Herm. Günther wirklich nur als stillen socius ansehen könnte, die Deckung und die dadurch bewirkte Rückerstattung des verantwortlichen Ein-

schuß-Capitales des stillen socius aus den von den Beklagten geltend gemachten Gründen nicht minder als völlig rechtsunverbindlich und nichtig erscheinen würde;

da, wenn demnach die Verkaufsacte vom 7. Febr. 1860 unter allen Umständen für nichtig zu erachten und das Eigenthum der dem Herm. Günther verkauften Societäts-Activa in dessen privatives Eigenthum nicht übergangen ist, von dieser Nichtigkeit auch die weitere Verkaufsacte vom 26. April 1860 betroffen wird, welche sich auf jene erste Acte stützt und zufolge welcher Herm. Günther das angeblich und vermeintlich privative erworbene, in der That aber bei der Societät zurückgebliebene Eigenthum zur Deckung, nicht einer Societätsschuld, sondern seiner Privatschuld dem Kläger Rey weiter zu verkaufen und demselben eigenthümlich zu übertragen versucht hat, — da diese Nichtigkeit der Acte vom 26. April 1860 auch dadurch nicht aufgehoben wird, daß Friedrich Günther derselben unterschriftlich mit beigetreten ist, indem er diese Unterschrift ersichtlich nicht etwa als Mitverkäufer, sondern nur wegen des in § 4 und 5 erwähnten Verkaufs-Auftrages u. w. d. a. geleistet hat, — da diese Nichtigkeit aber auch dem Kläger gegenüber um so mehr aufrecht zu erhalten ist, als derselbe durch die Mitunterzeichnung des Societäts-Vertrages und durch die ausdrückliche Bezugnahme auf jene in sich nichtige Verkaufsacte vom 7. Febr. 1860 in § 1 des Vertrages vom 26. April 1860 von allen einschlagenden Verhältnissen die vollste Kunde besaß und sein behaupteter Rechtsirrthum selbstverständlich keine Beachtung finden kann;

da, so viel ferner die zweite der Klage zu Grunde liegende Verkaufsacte (Anlage 3) betrifft, Herm. Günther in dieser am 31. Juli 1860 errichteten Acte dem Kläger Rey zur Deckung für eine angebliche Forderung desselben sein Mobiliar verkauft hat;

da diese Acte von den Beklagten um deshalb als nichtig angefochten wird, weil die Firma F. A. Günther, deren Theilhaber Herm. Günther gewesen, bereits am 2. Juli 1860

für insolvent erklärt sei (Fallit-Acten Nr. 3) und dem Herm. Günther zu der Zeit, wo diese Deckungsacte errichtet wurde (31. Juli) um so mehr jede Dispositionsfähigkeit gefehlt habe, als der Bruder Friedrich Günther schon in einer am 9. Juli gehaltenen Fallit-Commission (Fallit-Acten Nr. 10) die Anzeige von dem Societäts-Verhältnisse seines Bruders gemacht, als ferner Herm. Günther bereits am 14. Juli in einer weiteren wegen dieses Societäts-Verhältnisses abgehaltenen Fallit-Commission (Fallit-Acten Nr. 11) zugegen gewesen und dadurch und durch seine Zuziehung zur Inventur über die Societäts-Activa (vgl. Fallit-Acten Nr. 25, p. 31) volle Kenntniß von jener Insolvenz-Erklärung vor Errichtung der fraglichen Acte erlangt gehabt habe, wie er denn auch nachträglich am 23. August pure jener Insolvenz-Erklärung als Theilhaber der Societät beigetreten sei, nachdem er sich der früheren Ableistung des Manifestations-Eides nur durch seine absichtliche Fernhaltung von hier entzogen habe (Fallit-Acten Nr. 13);

da unter diesen durch die Fallit-Acte völlig constatirten Umständen die am 23. August 1860 erfolgte Insolvenz-Erklärung des Herm. Günther allerdings auf den 2. Juli zurückdatirt und ihm von da ab jede Dispositionsfähigkeit abgesprochen werden muß;

vgl. Brinckmann Handels-Recht § 53.

da somit der Acte vom 31. Juli 1860 wegen mangelnder Dispositionsfähigkeit des Verkäufers jede rechtliche Wirkung, auch dem Kläger als Verkäufer gegenüber, um so mehr zu versagen ist, als letzterer überall nicht bestritten hat, zur Zeit der Errichtung dieser Acte bereits Kunde von dem Fallissemente der Societät F. A. Günther gehabt zu haben, und als ihm, wie bereits erwähnt, auch das Societäts-Verhältniß der Herm. Günther zu dieser Firma völlig bekannt war;

da, wenn durch diese Nichtigerklärung der Verkaufsacte vom 26. April 1860 die eventuelle desfallsige Widerklage der Beklagten ohne Weiteres ihre Erledigung findet, nunmehr nur noch über die in Bezug auf die Acte vom 31. Juli

1860 erhobene Widerklage auf Zahlung des Kaufpreises für das einstweilen precario in des Klägers Besitz gelassene Mobiliar des Herm. Günther zu entscheiden ist;

da es in dieser Beziehung zweckmäßig erscheint, vorgängig rücksichtlich der in der Klage p. 11 behaupteten Vereinbarung den Versuch einer gütlichen Beilegung zu machen:

daß die zur Klage als Anlagen 2 und 3 beigebrachten Verkaufsacten für nichtig zu erklären und der mand. nom. Kläger, unter Verurtheilung desselben in die Kosten des bisherigen Verfahrens, soweit darüber nicht bereits anderweitig erkannt ist, mit seinen erhobenen desfallsigen Vindications-Ansprüchen abzuweisen;

daß ferner in Bezug auf die obgedachte zweite Widerklage der Beklagten vorgängig eine Commission auf den Herrn Gerichts-Präses und Herrn E. zu verfügen sei.

II. Obergerichts-Erkenntniß vom 26. October 1863.

1. In der Hauptsache:

A. in Betreff der Acte vom 26. April 1860.

Da, wenn auch nach gemeinem Rechte der Kläger als juristischer Besitzer der in der Anl. 2 zur Klage specificirten Waaren possessorisch zu klagen berechtigt sein dürfte, dennoch eine gleiche Befugniß demselben nach topischem Rechte nicht beigemessen werden kann, weil die Neue Fallit-Ordnung

Art. 25 sub 2 und 4
Art. 34 sub 1 und 2

den Curatoren einer Fallitmasse ein Retentionsrecht einräumt nicht nur an den in den juristischen Besitz der Masse übergegangenen Gegenständen, sondern „an allem fremden Gute, es sei aus welcher Ursache es wolle, in des debitoris Gewahrsam befindlich", mit Ausübung dieses Retentionsrechtes aber das vom Kläger intendirte possessorische Verfahren völlig unvereinbar ist, wobei indessen dem Einflusse, welcher dem juristischen Besitze in Betreff der Beweislast einzuräumen

sein möchte, durch Ausschließung eines vorgängigen Verfahrens in possessorio nicht präjudicirt wird;

da, anlangend die eventuell vom Kläger angestellte Publiciana in rem actio respective rei vindicatio:

1) in Betreff der Acten vom 7. Februar und vom 26. April 1860 dem Niedergerichte darin beizupflichten ist:

a. daß das zwischen den Brüdern Günther zur Zeit der Errichtung jener Acten bestehende Rechtsverhältniß als eine collective Societät zu behandeln ist; (die desfallsige niedergerichtliche Argumentation wird noch durch die Acte vom 26. April corroborirt, sofern im § 5 derselben auch H. C. A. Günther sich damit einverstanden erklärt, daß die der Handlung F. A. Günther in Commission gegebenen Waaren von Rey beliebig zurückgenommen werden können, indem dieser Consens des H. C. A. Günther nur die Bedeutung haben kann, daß er als Mitbetheiligter der Handlung F. A. Günther gegen solche Zurücknahme nichts einzuwenden habe.) Ebenso sprechen für diese Auffassung die Anl. 7. 8. 9 u. 10 zur Replik (Nr. 18 bis 21 der niedergerichtl. Acten);

b. daß die Acte vom 7. Februar als nichtig zu cassiren und mithin zur Uebertragung des privativen Eigenthums an den in derselben verzeichneten Gegenständen auf H. C. A. Günther nicht geeignet ist, und zwar aus dem Grunde, weil die in dieser Acte zur Ausgleichung des Kaufpreises bestimmte Darlehnsforderung des H. C. A. Günther an J. F. A. A. Günther, in Firma F. A. Günther, zum Belaufe von Crt. ℔ 10,000 gar nicht existirte, indem jene in das Geschäft geflossenen Crt. ℔ 10,000 den contractlichen Einschuß des H. C. A. Günther bildeten und mithin (und zwar auch dann nicht, wenn H. C. A. Günther stiller Associé der Handlung F. A. Günther gewesen wäre) nicht als eine zur Geltendmachung mittelst Compensation geeignete Forderung behandelt werden konnten, so daß das unter dem 7. Februar geschlossene Kaufgeschäft als emtio sine pretio einen Eigenthumsübergang nicht herbeiführte;

da aber aus der Nichtigkeit der Acte vom 7. Febr. nicht nothwendig auch die Nichtigkeit der auf dieselbe bezüglichen Acte vom 26. April folgt, vielmehr zu untersuchen ist, ob nicht diese letztere Acte unabhängig von ihrem relato aufrecht zu erhalten ist;

da nun darüber kein Zweifel obwalten kann, daß durch Aufrichtung dieser zwischen H. C. A. Günther und P. H. Rey, in Mitgenehmigung des J. F. A. A. Günther, in Firma F. A. Günther, unter Verzichtleistung auch des letztern auf alle Einreden, namentlich auch auf die Einrede des Irrthums, abgeschlossenen Acte alle drei Contrahenten ihr Einverständniß darüber zu erkennen gaben, daß das Eigenthum an den in derselben specificirten und in Folge derselben tradirten Gegenständen auf Rey übergehen sollte, wie denn auch der erfolgte Eigenthumsübergang auf den letzteren seitens des J. F. A. A. Günther, in Firma F. A. Günther, noch dadurch speciell anerkannt wurde, daß er sich gegen Rey verpflichtete, den Detailverkauf der tradirten, aber in seiner (des Günther) Detention belassenen Waaren für seine (Rey's) Rechnung zu beschaffen, unbeschadet des Rechtes des letzteren, die ihm tradirten Gegenstände zu jedem ihm beliebigen Augenblicke zu sich zu nehmen;

da es mithin bei allseitig vorliegendem Consense in Betreff des Eigenthums-Uebergangs auf Rey (abgesehen für den Augenblick von der Valuta-Frage) nur noch auf die vom bekl. Sachführer provocirte Erörterung ankommen kann, ob der bei Vollziehung dieser Acte obgewaltet habende allseitige Irrthum in Betreff des damaligen Eigenthums an den tradirten Gegenständen von vernichtendem Einflusse auf den Eigenthums-Uebergang auf Rey gewesen sein möchte, indem geirrt hätte

1) Rey, insofern er das privative Eigenthum des H. C. A. Günther, nicht aber das Eigenthum der Handlung F. A. Günther zu erwerben gemeint wäre,

2) H. C. A. Günther, sofern er sein privatives Eigenthum, und nicht das Eigenthum der Handlung F. A. Günther, hätte verkaufen und tradiren wollen,

3) J. F. A. A. Günther, in Firma F. A. Günther, sofern er den Verkauf an Rey und den Eigenthumsübergang auf denselben nur unter der Voraussetzung genehmigt hätte, daß es sich um das privative Eigenthum des H. C. A. Günther und nicht um das Eigenthum der Handlung F. A. Günther handele, und deshalb als errans sein dominium nicht habe verlieren können;

da nun von den gewichtigsten Autoritäten, namentlich

Savigny Bd. 3. S. 355.

Thibaut Versuche Bd. 2. S. 107.

Vangerow Lehrbuch, Ausg. von 1852. Bd. 3. S. 270 u. 271.

unter Bezugnahme auf die bestimmte Anordnung der

l. 49. § 1 mandati 17. 1.

und unter Entwickelung der überzeugendsten inneren Gründe (insbesondere durch Savigny l. c.) dargethan worden ist, daß der Irrthum der Veräußerer in Betreff ihres Rechtsverhältnisses zu den zu veräußernden und zu tradirenden Gegenständen jeglichen Einflusses auf den Eigenthumsübergang entbehre, auch die vom bekl. Sachführer als entgegenstehend allegirte

l. 35 de adq. rer. dom. 41, 1.

ebendaselbst als nicht entgegenstehend ihre Erklärung gefunden hat, während die anderweitige vom bekl. Sachführer allegirte

l. 15. § 2. D. de cont. empt. 18, 1.

aller Erheblichkeit für die vorliegende Frage dann entbehrt, wenn sie in ihrer Gesammtheit, und nicht, wie vom bekl. Sachführer geschehen, unter Hinweglassung der weiteren Worte:

„sed quasi tuum dominium ad eum transire"

in das Auge gefaßt wird;

da unter diesen Umständen nur beiläufig darauf hinzuweisen ist, daß die Ansichten der Betheiligten über ihr und ihrer Mitcontrahenten Verhältniß zu den verkauften und tradirten Gegenständen im vorliegenden Falle schwerlich einigen Einfluß auf ihren Consens ausgeübt haben dürften, indem

1) es für Rey höchst gleichgültig war, ob er für seine angeblich dem H. C. A. Günther geliehenen und demnächst in die Handlung geflossenen Gelder Deckung aus dem Privatgute des ersteren oder aus dem Gute der Handlung F. A. Günther erhielt,

2) für H. C. A. Günther, der sich das Gut der Handlung, wenn auch nichtiger Weise, als sein privatives Eigenthum hatte tradiren lassen, um es demnächst dem Rey zuzuwenden, kein stärkeres Bedenken hätte obwalten können, die Deckung an Rey mit Consens seines Bruders direct durch die Handlung beschaffen zu lassen, wenn er sich bewußt gewesen wäre, daß der von ihm eingeschlagene indirecte Weg ein für die Ausführung seines Zweckes ungeeigneter sei,

3) J. F. A. A. Günther, in Firma F. A. Günther, die Verhältnisse, in welchen er und in welchen sein Bruder zu Rey standen, dergestalt durch einander warf, daß er mittelst der Juli-Acte den Theil der im Februar seinem Bruder verkauften und tradirten Waare, welcher nicht schon im April auf Rey übergangen war, ohne Zuziehung seines Bruders für eine Schuld der Handlung F. A. Günther auf Rey übertrug;

da überdies den beiden Günther, wenn Rey die Waare von ihnen auf Grund der April-Acte vindicirt hätte, und sie diesen seinen Anspruch auf Grund jener Irrthümer bestritten hätten, die replica doli obstirt haben würde, weil sie in die angeblichen Irrthümer nicht ohne grobes Verschulden gerathen konnten, und auf Geltendmachung der Einrede des Irrthums ausdrücklich verzichtet hatten;

da es demnach für die Anerkennung des Eigenthums des Rey nur noch darauf ankommt, ob der Kaufpreis für die April-Acte von ihm in zulänglicher Weise berichtigt ist, die cur. nom. Beklagten aber alle vom m. n. Kläger aufgeführten Forderungen des Rey, sei es an H. C. A. Günther, sei es an F. A. Günther, mit alleiniger Ausnahme der 3000 ℔ Gold, welche im Mai an F. A. Günther geliehen worden, und zu deren Deckung die Juli-Acte bestimmt war, in Ab-

rede stellen, und in Betreff der von H. C. A. Günther eingeschlossenen Crt.ℳ 10,000 behaupten, es haben dieselben die Mitgift gebildet, mittelst welcher Rey seine dem H. C. A. Günther verehelichte Tochter ausgesteuert habe;

da nun der rechtsbeständigen Praxis gemäß die früheren Bekenntnisse späterer Falliten über empfangene Valuten für in überschuldetem, dem Fallissemente zuneigenden Zustande gemachte Deckungen den Empfänger solcher Deckungen selbst dann nicht vom Beweise der gezahlten Valuta befreien, wenn derselbe mit dem juristischen Besitze die Detention der ihm eigenthümlich übertragenen Gegenstände verbindet, und mithin die Beweislast hier um so mehr den Kläger trifft;

da aber dieser dem m. n. Kläger incumbirende Beweis alternativ auf compensable Forderungen, die ihm gegen H. C. A. Günther oder gegen die Handlung F. A. Günther zustanden, zu richten ist, weil Deckungen für Privatschulden eines socius aus den activis der Handlung nach Maaßgabe Art. 64 sub 4 und 5 der Neuen Fallit-Ordnung wohl unter Umständen strafbar erscheinen, dem Empfänger gegenüber aber nicht angefochten werden können, am wenigsten dann, wenn der unbetheiligte socius consentirte oder die Gelder unmittelbar der Compagnie zu Gute gekommen;

da es ferner zur Anerkennung des Eigenthums des Rey an den in der Masse nur noch vorgefundenen, in der Anl. 5 zur Klage specificirten Gegenständen genügt, wenn derselbe eine ihm am 26. April zu dem Belaufe zuständige Forderung an H. C. A. Günther oder an F. A. Günther nachweiset, zu welchem die in der Masse annoch vorgefundenen und in der Anl. 5 zur Klage specificirten Gegenstände ihm in der Acte vom 26. April angerechnet worden sind;

da aber eine etwa nach dem 26. April entstandene Forderung des Rey für die vorliegende Frage nicht in Betracht kommen kann, weil das Retentionsrecht einer Masse gegenüber nach

Art. 34 sub 3 der N. F.-O.

nicht an den juristischen Besitz, sondern nur an die mit dem juristischen Besitze verbundene Detention geknüpft ist;

B. in Betreff der Acte vom 31. Juli 1860.

Da hier der niedergerichtlichen Entscheidung und deren Motivirung lediglich beizutreten ist:

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 31. März 1862, zwar so weit es die Acte vom 31. Juli 1860 betrifft, zu bestätigen, dagegen aber, so weit es die Acte vom 26. April betrifft, wiederum aufzuheben und, so weit es den Kostenpunkt betrifft, für jetzt, seiner dereinstigen Wiederherstellung unbeschadet, zu suspendiren, und m. n. Kläger in einem vom Niedergerichte sub poena desertionis anzusetzenden Termine den Beweis anzutreten hat:

daß dem verstorbenen Peter Heinrich Rey am 26. April 1860 eine Forderung gegen H. C. A. Günther oder gegen die Handlung F. A. Günther zum Belaufe von Crt. ℔ 6635. $5^1/_2$ ß, oder doch zu dem Belaufe zustand, zu welchem die in der Anlage 5 zur Klage als in der Masse vorgefunden aufgeführten Waaren ihm in der Acte vom 26. April 1860 angerechnet worden.

Den cur. nom. Beklagten bleibt der Gegenbeweis namentlich auch dahin vorbehalten, daß die vom m. n. Kläger als Forderung des verstorbenen Rey gegen H. C. A. Günther oder gegen F. A. Günther zu erweisenden Geldleistungen die Mitgift oder einen Theil der Mitgift gebildet haben, mit welcher Rey seine an H. C. A. Günther verheirathete Tochter ausgestattet.

Beiden Parteien bleibt für die Beweisführung und Gegenbeweisführung die Mitbedienung des bereits Beigebrachten vorbehalten.

Das eventuell dem verstorbenen Rey zuzusprechende Eigenthum kommt, da die vierte Miterbin des Rey das niedergerichtliche Erkenntniß der Rechtskraft überlassen hat, dem m. n. Kläger nur zu drei Viertheilen zu Gute.

Die Kosten der Appellations-Instanz werden compensirt, und ist die Sache mit den wieder zu versiegelnden

Acten zum weiteren Verfahren an das Niedergericht zu remittiren.

II. In der Adcitationssache ꝛc. — — —

III. Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 25. Februar 1865.

(Auf beiderseitige Appellation.)

Daß zwar die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 26. October 1863, wie hiemit geschieht, zu bestätigen, und die Kosten dieser Instanz zu compensiren seien.

Entscheidungsgründe.

Von den Seitens der Parteien gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 26. Octbr. 1863 erhobenen Beschwerden war

I. die von den Bekagten principaliter aufgestellte, daß nicht das die Klage abweisende Niedergerichts-Erkenntniß vom 31. März 1862 bestätigt worden sei, für die übrigen Beschwerden präjudiciell.

Der Kläger hatte das seiner Behauptung nach an den vindicirten Gegenständen ihm zustehende Eigenthum auf die am 26. April 1860 von Hermann Carl Adolph Günther an ihn geschehene Tradition gestützt.

Verkaufs- und Traditions-Acte v. 26. April 1860.

Um zu beweisen, daß zu jener Zeit der vorgenannte Hermann Günther rechtlich in der Lage sich befunden habe, Eigenthum an jenen Gegenständen übertragen zu können, hatte der Kläger auf einen früheren Act Bezug genommen, durch welchen Hermann Günther Eigenthümer derselben geworden sei, nämlich auf eine Tradition vom 7. Februar 1860, mittelst welcher ein Bruder des Hermann Günther, Johannes Friedrich August Adolph Günther, dem Vorgenannten die in Rede stehenden Gegenstände zum Eigenthum übertragen habe.

Verkaufs- und Traditions-Acte v. 7. Februar 1860.

Darüber, daß Friedrich Günther zu einer der letztgedachten Tradition vorangehenden Zeit Eigenthümer der fraglichen Gegenstände geworden ist, besteht unter den Parteien kein Streit, und es handelt sich bei der zur Beurtheilung vorliegenden Beschwerde nur darum, ob in Erwägung derjenigen Umstände, welche dem vorgedachten ursprünglichen Friedrich Güntherschen Eigenthums-Erwerbe nachgefolgt sind, insbesondere derjenigen, welche zur Zeit des 7. Februar und des 26. April 1860 vorgelegen haben, die an dem letztgedachten Tage von Hermann Günther vollzogene Tradition — sei es an und für sich, sei es in Mitberücksichtigung der Concurrenz des Friedrich Günther, soweit diese letztere Statt gefunden — den Eigenthumserwerb des Klägers Rey hat bewirken können.

Beide früheren Gerichte haben die Tradition vom 7. Febr. von Friedrich an Hermann Günther für nichtig und unwirksam erklärt, und das Niedergericht hat hievon Veranlassung genommen, auch der zweiten (hier eigentlich in Betracht kommenden) Tradition vom 26. April Wirksamkeit zu versagen, wohingegen das Obergericht der Ansicht gewesen ist, daß auch ohne Hermann Günthersches Eigenthum an den fraglichen Gegenständen jene zweite Tradition den Eigenthums-Erwerb des Klägers Rey habe bewirken können.

Zunächst ist ohne Zweifel mit den früheren Richtern die Frage nach dem rechtlichen Effect der Tradition vom 7. Febr. (von Friedrich an Hermann Günther) zu beantworten. Denn, sollte man derselben Wirksamkeit beizulegen haben, so würde es fernerer Erwägungen hier nicht bedürfen, sondern der streitige Punkt wäre ohne Weiteres zu Gunsten des Klägers aufzufassen. Dagegen könnte eine Beantwortung im entgegengesetzten Sinne nicht ohne Weiteres das Resultat herbeiführen, der Tradition vom April Effect versagen zu müssen. Denn eine Wirksamkeit dieser letzteren würde auch in anderen Umständen, als in einer gültigen Februar-Tradition ihren Grund haben können.

Es hat einigen Schein, als bedürfte es einer Prüfung der Gültigkeit der Februar-Tradition deshalb nicht, weil

durch Conformität der auf diesen Punkt bezüglichen Aussprüche des Niedergerichts und Obergerichts Rechtskraft in Betreff desselben herbeigeführt sei. Allein eine solche kann nicht angenommen werden. Dasjenige, was in den Erkenntnissen der früheren Instanzen über den fraglichen Punkt gesagt worden ist, bildet nur einen Entscheidungsgrund, enthält aber keinen Theil der Entscheidung des Streitverhältnisses selbst, welche Entscheidung denn auch, ihrem ganzen Umfange nach, ungeachtet jener Conformität wesentlich verschieden ausfallen konnte, und, wie die vorliegenden Erkenntnisse der früheren Richter zeigen, wesentlich verschieden ausgefallen ist.

Die demgemäß von dem O.-A.-Gericht vorzunehmende Prüfung jenes Punktes führte indessen zu dem nemlichen Ergebnisse, welches die Beurtheilung desselben seitens der vorderen Instanzen zur Folge gehabt hat.

Das in Betracht kommende Sachverhältniß ist folgendes. Friedrich Günther hatte seit dem Jahre 1856 ein Handlungsgeschäft unter der Firma F. A. Günther betrieben. Im November 1859 wurde zwischen ihm und seinem Bruder Hermann Günther ein Societätsvertrag geschlossen, zufolge dessen der letztere in das bestehende Geschäft als Theilhaber eintreten sollte und wollte. Freilich hat der Kläger im vorliegenden Processe behauptet, der Societätsvertrag sei wegen damaliger Minderjährigkeit des Hermann Günther für diesen unverbindlich gewesen; allein dieser Einwand ist mit Recht vom Niedergerichte und Obergerichte als grundlos verworfen worden, und bedarf es hier nur der Verweisung auf die bezüglichen Motive zum Erkenntnisse des Niedergerichts. Der Societätsvertrag ist denn auch, mit der unerheblichen Ausnahme, daß die im § 1 verabredete Umänderung der Firma „F. A. Günther" in „Gebrüder Günther" nicht zur Ausführung gebracht worden ist, in Wirksamkeit getreten. Hiefür liefert außer anderen unbestrittenen Umständen — der wirklich Statt gehabten Theilnahme des Hermann Günther an dem, früher seinem Bruder allein angehörenden, Geschäft,

der Einschußleistung desselben, der auf dem später zu berührenden § 7 des Societätscontractes beruhenden Februar-Tradition, u. a. — insbesondere die Insolvenz-Erklärung des Hermann Günther vor dem Handelsgerichte einen ausreichenden Beweis. Nachdem nemlich Friedrich Günther auf erkannten und prosequirten Universalarrest am 2. Juli 1860 sich und die Firma F. A. Günther insolvent erklärt, und auf Vernehmung seitens des Handelsgerichts-Commissars am 9. Juli zu Protocoll gegeben hatte,

„sein Bruder (Hermann Günther) sei am 1. Decbr. 1859 in sein Geschäft eingetreten und sei auch noch jetzt sein Associé,"

reichte Hermann Günther am 23. Aug. 1860 bei dem Handelsgericht seine Beitritts-Erklärung zu dem Fallissement der Firma F. A. Günther ein, producirte eine Abschrift des Soicetätsvertrages und erklärte in Betreff dieses letzteren (Act. [13] p. 1 und 3),

„daß er durch den beigebrachten, am 1. December 1859 errichteten Societätscontract Theilhaber der Firma F. A. Günther geworden sei,"

und

„daß er das von seinem Bruder eingereichte Gläubiger-Verzeichniß der Firma F. A. Günther mit einer Gesammtschuld von — in allen Theilen als richtig anerkenne, und dem Fallissement seines Bruders beigetreten sein wolle."

Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß die Firma F. A. Günther seit dem 1. Decbr. 1859 von den beiden Brüdern Friedrich und Hermann Günther gebildet worden ist, und zwar daß diese Gemeinschaft auf dem Societätsvertrage vom 30. Novbr. 1859 beruhet hat.

Wie es nun in diesem Societätsvertrage weder ausdrücklich ausgesprochen, noch auch irgendwie angedeutet worden ist, daß Hermann Günther nur als stiller Theilhaber bei dem in Rede stehenden Geschäft (als einem Geschäft seines Bruders) betheiligt sein solle — womit denn auch sein oben erwähnter späterer Hinzutritt zu dem Fallissement der genann-

ten Firma als Schuldner der Gläubiger derselben im Widerspruch gestanden haben würde —, eben so wenig ist in jenem Vertrage ausdrücklich oder implicite die Bestimmung enthalten, daß das ordentlicher Weise zwischen Handlungssociis, jedenfalls zwischen offenen Sociis, Statt findende Verhältniß der Gemeinschaftlichkeit aller für das Geschäft angeschafften oder aus irgend welchem Grunde demselben angehörigen körlichen Gegenstände — unter denen die vorhandenen Waaren, welche hier vorzugsweise in Betracht kommen, die wichtigste Stelle einnehmen — nicht eintreten solle. Im Gegentheil eine Reihe von Bestimmungen stellt es außer Zweifel, daß die Gemeinschaft des Geschäfts auch Gemeinschaftlichkeit aller jener Gegenstände — also Miteigenthum der Socii an denselben — habe herbeiführen sollen. (Auch ändert hieran, wie unten gezeigt werden wird, nichts der Inhalt des § 7 des Contractes.)

Daß das Geschäft, die Geschäftsführung und das Geschäfts-Ergebniß „gemeinschaftlich" werden, und sodann ferner bleiben sollten, ist in einer Reihe von Paragraphen des Societätsvertrages ausgesprochen: §§ 1. 4. 5. 6. 9. 10. 15. Es unterliegt aber auch keinem Zweifel, daß die Gemeinschaftlichkeit sich insbesondere auf die Waaren und Geschäfts-Utensilien erstrecken sollte. Denn in dem § 2 des Vertrages ist bezüglich des Zeitpunktes der Eingehung der Societät bemerkt und resp. bestimmt,

> „daß das gesammte (damals vorhandene) Geschäfts-Inventar, Schränke, Kisten, Pulte u. dgl., ferner die vorhandenen Waarenvorräthe von den Contrahenten einer gemeinschaftlichen Abschätzung unterworfen worden seien, und daß beide Theile die gedachten Gegenstände zu dem Schätzungs-Werthe von Crt. ℔ 10,300 in Anrechnung bringen wollten."

Ein Verzeichniß der zur Laden-Einrichtung gehörigen Gegenstände mit beigefügter Taxation (zum Betrage von Crt. ℔ 797) ist dem Societätsvertrage beigefügt. Ferner sollte nach dem § 21 beiden Theilen die Befugniß zustehen, Ankäufe für das

Geschäft (unter gewissen hier unerheblichen näheren Bestimmungen) zu machen, und unterliegt es dabei keinem Zweifel, daß die hier vorgesehenen, von dem einen oder anderen Theilhaber zu machenden Ankäufe gemeinschaftliches Eigenthum der beiden Brüder zur Folge haben sollten. Endlich führt auf dasselbe Ergebniß auch die Bestimmung des § 15 hin, daß im Falle der Auflösung der Societät

> „sämmtliche Waaren ihrem Werth und ihrer Art nach in zwei möglichst gleiche Partieen getheilt werden sollten" und dann „das Loos zu entscheiden habe, welchem der Contrahenten jede Waare zufallen solle."

Ist hiernach zufolge des Societätsvertrages anzunehmen, daß alle bei Eingehung der Societät vorhandenen Waaren und sonstigen Geschäftsgegenstände gemeinschaftlich werden sollten; sollte das Nemliche von den im Laufe des Geschäfts anzuschaffenden Waaren gelten, und sollte endlich im Falle der Beendigung der Societät Naturaltheilung eintreten, so darf, abgesehen von der oben vorbehaltenen Erwägung des im § 7 des Societätsvertrages Enthaltenen, unbedenklich angenommen werden, daß in Betreff aller Waaren und Geschäfts-Utensilien Mit-Eigenthum der beiden Socii bestanden habe.

Anlangend nun den erwähnten § 7, so bestimmt derselbe Folgendes:

> „Um dem Hermann Günther den in das Geschäft zu machenden Capital-Einschuß von 10,000 ℔ Crt. sicher zu stellen, verpflichtet sich Friedrich („F. A.") Günther, sobald H. Günther dies Capital ganz eingezahlt haben wird, diesem sein ganzes Waarenlager und seine gesammten Geschäfts-Utensilien durch notarielle Acte übertragen und überweisen zu wollen. Diese Cession soll jedoch dem F. A. Günther gegenüber nur diejenige Wirkung haben, daß H. Günther für sein Einlage-Capital möglichst gesichert wird; nicht aber wird durch dieselbe dem letzteren das Recht vindicirt, sich als alleinigen Eigenthümer des Geschäfts betrachten zu dürfen. Derselbe ist vielmehr verpflichtet, das Cessionsdocument dem F. A. Günther

dann sofort zurückzugeben, wenn derselbe ihm nach Auflösung dieser Geschäfts-Verbindung sein Einlage-Capital durch Waaren oder baar vollständig zurückgezahlt hat."
Ersichtlich liegt hier eine nur für die Wirkung nach Außen berechnete Verabredung der beiden Socii vor, um für den Fall der Insolvenz des Geschäfts dem Hermann Günther ein Mittel zu verschaffen, die von ihm gemachte Einlage gegen die Ansprüche der Creditoren desselben sicher zu stellen. Daß in dieser Richtung die Verabredung wirkungslos sein, nämlich den Creditoren unpräjudicirlich bleiben mußte, unterliegt freilich keinem Zweifel, kommt aber hier, wo es sich nur um die Frage handelt, wem das Eigenthum an den Waaren und Geschäfts-Utensilien während der Dauer der Gemeinschaft auf der Grundlage des zwischen den beiden Sociis bestehenden wirklich Vereinbarten zugestanden habe, nicht weiter in Betracht. Diesen letztgedachten Punkt selbst anlangend, so wird der Umstand, daß das auf Grund des Societätsvertrages eingetretene Miteigenthum der beiden Socii an jenen Gegenständen durch die im § 7 vorgesehene Uebertragung unter ihnen nicht verändert werden sollte, durch die Bemerkung des gedachten § 7 außer Zweifel gestellt, daß, nachdem die Cession geschehen sein werde, gleichwohl Hermann Günther seinem Bruder und Mittheilhaber gegenüber sich nicht als den alleinigen Eigenthümer des Geschäfts solle betrachten dürfen. Auch ist dem mit dem wirklichen Contractsverhältnisse nicht zu vereinigenden Schlußpassus des § 7 — in welchem Friedrich Günther als der Schuldner seines Bruders Hermann für den Belauf des Einschusses desselben bezeichnet wird, während dieser doch nach den übrigen Bestimmungen des Societätsvertrages alle Ergebnisse des gemeinschaftlichen Geschäfts, also auch etwanige Verlüste, gleich dem Friedrich Günther zu tragen hatte — gar keine Bedeutung beizulegen; wie denn dieser Passus sich überhaupt nicht auf die Eigenthumsfrage bezieht.

Unbestritten liegt nun dem Verkaufs- und Traditionsgeschäft vom 7. Febr. 1860 gerade der im Vorstehenden in

Betracht gezogene und als hier wirkungslos nachgewiesene § 7 zu Grunde, und mithin ist bei der rechtlichen Beurtheilung der Frage, wem das Eigenthum an den der Firma F. A. Günther angehörenden Waaren und Geschäfts-Utensilien nach jenem Tage wirklich (nicht simulirter Weise) zugestanden hat, davon auszugehen, daß diese Gegenstände, gleichviel, ob sie in der Acte vom 7. April 1860 verzeichnet sein mochten oder nicht, im Mit-Eigenthum beider Theilhaber, Friedrich und Hermann Günther, sich befunden haben.

Für die vorstehende Annahme, daß zwischen den beiden genannten Theilhabern des Geschäfts an dem im Uebrigen begründeten Eigenthums-Verhältnisse in Betreff der fraglichen Gegenstände durch den Act vom 7. Februar 1860 Nichts geändert worden ist, zeugt auch folgender Umstand. Außer der dem Kläger Rey von Hermann Günther gemachten Uebertragung von Waaren und Geschäfts-Utensilien vom 26. April 1860 ist demselben auch von Friedrich Günther (F. A. Günther) eine Uebertragung von Gegenständen der nämlichen Art gemacht worden.

m. s. die beigefügten Niedergerichts-Acten des anderen unter den Parteien geführten Processes „No. 1" Act. [4] (Acte vom 11. Juni 1860.)

Unter den Gegenständen nun, welche an dem vorgedachten Tage dem Rey von Friedrich Günther verkauft und tradirt worden sind, befindet sich, wie aus dem Bericht der Curatores bonorum vom 6. Octbr. 1860 hervorgeht, auch derjenige Theil der in der Februar-Acte als dem Hermann Günther (zum Gesammtwerth von Crt.ℳ 10,600) übertragen aufgeführten Gegenstände, welcher nicht von diesem letzteren am 26. April 1860 zum Gesammtwerth von Crt.ℳ 6634. 2 ß dem Rey (oder im Laufe des Geschäfts an andere Personen) verkauft worden war. Friedrich Günther hat mithin über einen Theil der Gegenstände, welche scheinbar dem Hermann Günther zum alleinigen Eigenthum übertragen worden waren, als über der Firma zuständige Vermögensobjecte verfügt.

Geht man aber, dem Vorbemerkten zufolge, davon aus, daß die im Geschäft der Firma F. A. Günther befindlichen

Waaren und Utensilien, mit Einschluß derjenigen, welche in der Februar-Acte auf Hermann Günther übertragen worden, im gemeinschaftlichen Eigenthum der Brüder Günther auch nach dem 7. Februar 1860 verblieben sind, so gelangt man, in Mitberücksichtigung der Concurrenz des Friedrich Günther bei dem Act vom 26. April 1860 ohne Schwierigkeit zu dem Ergebniß der früheren Richter, und es bedarf deshalb der in der Anwendung auf den vorliegenden Fall bedenklichen Obergerichts-Argumentation nicht.

Daß ein condominus seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Eigenthum ohne die Mitwirkung seines Mit-Eigenthümers wirksam auf einen Anderen übertragen kann, unterliegt keinem Zweifel.

L. 68. pr. D. pro socio 17. 2.
L. 1. C. communi div. 3. 37.
L. 16. C. de jure dot. 5. 12.
L. 3. C. de commun. rer. al. 4. 52.

Hat nun freilich Hermann Günther bei dem April-Act nicht etwa die ihm nur zuständige Hälfte des in Rede stehenden Eigenthums, sondern das gesammte Eigenthum übertragen wollen, und hat auch andererseits der Kläger Rey das gesammte Eigenthum zu erwerben beabsichtigt und zu erwerben geglaubt, so stand doch dieser Umstand der Wirksamkeit der Tradition, so weit Hermann Günther dieselbe gültig vorzunehmen im Stande war, nicht entgegen. Die Tradition des condominus, welcher sich den Schein giebt, volles Eigenthum übertragen zu können, vermag freilich nicht diesen Effect herbeizuführen, allein für den Bereich seiner Betheiligung geht das Eigenthum auf den Erwerber ungeachtet der Incorrectheit seines Verfahrens über.

L. 16. D. de reb. cred. 12. 1.
L. 4 u 5. C. de commun. rer. alien. 4. 52.
arg. L. un. C. si communis res pignori 8. 21.

Der Kläger wurde demzufolge durch die in Rede stehende Tradition — selbstverständlich abgesehen von etwa entgegenstehenden sonstigen Gründen — Eigenthümer der fraglichen Gegenstände zur Hälfte.

Allein auch das Eigenthum zur anderen Hälfte ging in Folge der bereits erwähnten Concurrenz des Hermann Güntherschen Miteigenthümers, Friedrich Günther, auf den Rey über.

Freilich kann aus der widerspruchslosen Anwesenheit bei einem Acte Anderer, ja selbst unter Umständen aus der Mitunterzeichnung einer von Anderen vollzogenen Urkunde, nicht ohne Weiteres ein Aufgeben eigener Rechte des Anwesenden und resp. Mitunterzeichnenden, auf welche es etwa hätte ankommen können, abgeleitet werden.

L. 14. C. si certum petatur. 4. 2.
L. 39. D. de pignorat. act. 13. 7.

Wohl aber dann, wenn den Umständen nach die Annahme begründet ist, daß die widerspruchslose Concurrenz, resp. die Mitunterzeichnung nur durch die Absicht des Betreffenden, consentiren, und — insofern es sich um die Aufgebung von Rechten handelt — die fraglichen Rechte aufgeben zu wollen, erklärlich wird. Diese Annahme aber findet hier eine ausreichende Begründung. Wenn in Gegenwart des Friedrich Günther dessen zur Hälfte Miteigenthümer Hermann Günther gemeinschaftliche Gegenstände als ihm ausschließlich eigenthümlich bezeichnete, sie als solche verkaufte und tradirte, und wenn Friedrich Günther dem nicht widersprach, vielmehr ohne irgend welche entgegenlautende Aeußerung mithandelte und mitunterzeichnete, so darf angenommen werden, er habe consentirt.

L. 12. D. de evict. 21. 2.
arg. L. 26. § 1. D. de pign. 20. 1.
L. 8. § 15. D. quibus modis 20. 6.
L. 2. C. de remiss. pign. 8. 26.
L. 28. D. communi div. 10. 3.

Ueberdies lag im vorliegenden Falle nicht etwa allein die widerspruchslose Theilnahme des Fr. Günther an dem von seinem Miteigenthümer vollzogenen Verkaufs- und Traditions-Acte vor, sondern Fr. Günther trat außerdem durch die Uebernahme des Verkaufsmandates in ein solches Verhältniß zu dem Rey, daß er diesen als den Eigenthümer, und zwar als den alleinigen

Eigenthümer der fraglichen Gegenstände anerkannte, und sich verpflichtete, in Betreff derselben den Verfügungen des Rey Folge zu leisten.

Gegen die vorstehende Argumentation kann auch nicht mit Grund das Bedenken erhoben werden, daß Friedrich Günther zur Zeit des Vorgangs vom 26. April von der Gültigkeit des Februar-Acts ausgegangen sein werde, so daß aus diesem Grunde die Annahme eines seinseitigen Consenses in die Uebertragung seiner Eigenthums-Hälfte an Rey ausgeschlossen sei, insofern er nämlich, weil er von seinem Mit-Eigenthum keine Anschauung gehabt, nicht habe beabsichtigen können, seine Zustimmung in die Aufgebung desselben zu erkennen zu geben. Denn, wie oben gezeigt worden ist, läßt der Societäts-Vertrag keinen Zweifel darüber, daß die beiden Theilhaber über die Wirkungslosigkeit einer nach Maßgabe des § 7 vollzogenen Uebertragung an Hermann Günther, insofern es auf das zwischen ihnen bestehende Verhältniß ankam, einverstanden gewesen sind. Außerdem ist auch für diesen Punkt der oben angeführte Umstand von Erheblichkeit, daß Friedrich Günther über einen Theil der dem Hermann Günther tradirten Gegenstände, als über der Firma angehörige Objecte, durch seinseitige Veräußerung beliebig verfügt hat.

Nach dem Allen mußte die Principal-Beschwerde der Beklagten verworfen, also die Obergerichts-Entscheidung in Betreff der Annahme, daß der Tradition vom 26. April 1860 (an und für sich und abgesehen von dem unter III. zu berührenden Punkte) Wirksamkeit beizulegen sei, bestätigt werden.

II. Die klägerische Principalbeschwerde ist, gleich der beklagtischen ersten Beschwerde, auf die Herbeiführung einer Definitiv-Entscheidung gerichtet. Der Kläger beantragt nämlich mittelst derselben sofortige Verurtheilung des Beklagten auf Grund der erhobenen Eigenthumsklage, so daß es also auf den ferner unter den Parteien streitigen Punkt wegen der Berichtigung der Valuta (Existenz der klägerischen Forderung, auf welche die fraglichen Gegenstände in solutum gegeben worden,) überhaupt nicht ankomme.

Eine Rechtfertigung dieser Beschwerde hat der klägerische Anwalt nicht einmal versucht. Es liegt denn auch am Tage, daß das beklagtische Läugnen der Existenz der klägerischen Forderung für die Frage, ob die von Hermann Günther auf Rey geschehene Tradition — deren Wirksamkeit im Uebrigen vorausgesetzt — das Eigenthum habe übergehen machen, entschieden von Erheblichkeit ist, so daß von einer sofortigen Sachfälligkeit der Beklagten nicht die Rede sein kann, mag der klägerischen oder der beklagtischen Partei die Beweislast in Betreff jenes streitigen Punktes aufgelegt werden.

III. Die eventuelle zweite Beschwerde des Klägers bezweckt, die vom Obergerichte ihm auferlegte Beweislast in Betreff der Existenz der Größe der Forderung, gegen welche die vindicirten Gegenstände in solutum gegeben worden sind, auf den Beklagten übertragen zu sehen.

Diese Beschwerde ist unbegründet. Der Kläger als Vindicant ist in der Lage, die sämmtlichen Voraussetzungen des von ihm behaupteten Eigenthumserwerbs, so weit sie von den Beklagten geläugnet worden sind, erweisen zu müssen. Dazu gehört nach

§ 41. J. de rer. div. 2. 1.
L. 19. D. de contr. emt. 18. 1.
L. 15. C. de rei vind. 3. 32.
L. 2. § 1. C. de quadr. praescr. 7. 37.,

unter der Voraussetzung, daß der Eigenthumsübertragung ein Kauf zu Grunde gelegen, der Beweis, daß der Verkäufer Zahlung des Kaufpreises erhalten habe, oder auf sonstige Weise wegen desselben befriedigt worden sei. Da nun der Kläger behauptet, daß die Berichtigung des Kaufpreises zum Belaufe von Crt. ℳ 6634. 12 ß mittelst Compensation gegen eine ihm an den Verkäufer Hermann Günther zustehende Forderung von Crt. ℳ 6635. 1 1/2 ß geschehen sei, die Existenz dieser Forderung aber beklagtischerseits geläugnet worden ist, so folgt aber hieraus mit Nothwendigkeit die klägerische Beweispflicht in der oben angegebenen Weise.

Diese Beweispflicht wird auch unter den vorliegenden Umständen nicht etwa durch die in dem Verkaufs-Document

vorkommende Anerkennung der Forderung seitens des Hermann Günther

Nied.-Ger.-Act. [4] p. 3.

beseitigt. Denn, wie vom Obergerichte in Beziehung auf die Praxis der Hamburgischen Localgerichte bezeugt wird, so ist, damit übereinstimmend, vom O.-A.-Gerichte beständig die Regel befolgt worden, daß solche Anerkennungen oder Geständnisse späterer Falliten, welche, wenn der Fallissements-Ausbruch bevorstand, abgelegt wurden und den Zweck hatten, Jemandem einen ihm übertragenen Vermögenstheil, der späteren Creditorschaft gegenüber, zu sichern, als verdächtig zu behandeln sind, und daher als beweisend nicht gelten können.

Cur. bon. Schwenger c. Meyne, Hamb. Decbr. 1840.

Cur. bon. Lieckfeldt c. Böckelmann und Mühlbach, Sept. 1850.

Der Kläger will von der erwähnten Regel hier keinen Gebrauch gemacht wissen,

a) weil durch die in erster Instanz von ihm vorgelegten Briefschaften (Anl. 7—10 zur Replik) der Beweis der Forderung anderweitig erbracht sei. Es bedarf indessen keines Eingehens auf den Inhalt dieser Briefschaften (eines Schreibens des Hermann Günther vom 10. Februar 1860, zweier Briefe des Friedrich Günther vom 15. und 27. Febr. 1860 und der Abrechnung eines gewissen Schultz), welche überdies von den Beklagten noch nicht anerkannt, eventuell als irrelevant zurückgewiesen worden sind, weil, wenn auch die erheblichsten Beweis-Indicien zu Gunsten des Klägers darin liegen sollten, dadurch die Beweisinstanz nicht entbehrlich und die Beweislast nicht verändert werden könnte.

Der Kläger beruft sich ferner

b) auf den Umstand, daß die fragliche Uebertragung schon am 26. April vor sich gegangen und gleichzeitig das Hermann Günthersche Bekenntniß der ihm gegen den Kläger obliegenden Schuld abgegeben worden sei, so daß, da das Fallissement der Firma F. A. Günther erst am 2. Juli ausgebrochen, ein Zeitraum von 9½ Wochen zwischen den vorgedachten Tagen gelegen habe. Das Vorhandensein eines

so langen Zeitverlustes zwischen Bekenntniß und Fallissement mache die Anwendung der fraglichen Regel unthunlich.

Bei diesem Punkte hat es freilich seine Richtigkeit, daß in manchen früheren Sachen speciell aus dem Umstande, wenn sehr kurz, oder (wie in der oben citirten Sache Cur. bon. Lieckfeldt c. Böckelmann & Mühlbach der Fall war) „unmittelbar“ vor der Insolvenz-Erklärung das in Betracht kommende Bekenntniß abgelegt worden war, die Beweis-Untauglichkeit desselben abgeleitet worden ist. Allein nicht die Kürze der Zeit selbst war dabei das entscheidende Moment, sondern die unbedenklich aus derselben abzuleitende Annahme, daß in den zu entscheidenden Fällen das Bekenntniß mit Rücksicht auf ein bevorstehendes Fallissement abgegeben worden sei. Ergiebt sich daher zu dieser letzteren Annahme begründete Veranlassung in solchen Fällen, in welchen der Fallissements-Ausbruch dem betreffenden Act erst nach Verlauf einiger Wochen oder selbst Monate gefolgt ist — was nicht selten aus zufälligen Gründen (Accords-Verhandlungen u. dgl.) eintreten kann — so ist nicht minder der in Rede stehende Punkt in Gemäßheit des Obigen zu behandeln.

Im vorliegenden Falle nun ist die Annahme, daß die dem Kläger gemachte Uebertragung durch die schlechte Lage des Güntherschen Geschäfts und die Voraussicht des schwerlich zu vermeidenden Bruches motivirt worden ist, ganz unbedenklich. Die entgegenstehende Behauptung des Klägers wird durch die Fallit-Acten, auf welche er selbst sich beruft, widerlegt. Aus denselben geht unter Anderem hervor, daß das Günthersche Geschäft bereits im Jahre 1857 Unterbilanz gehabt hat; daß Fr. Günther im Jahre 1858 nicht mehr im Stande gewesen ist, alle fälligen Wechsel zu bezahlen; daß der Fortgang des Geschäfts in der folgenden Zeit nur durch Geldaushülfen gegen wucherische Zinsen ermöglicht worden ist, und daß zu der Zeit, als Hermann Günther in das Geschäft trat, eine schwere Ueberschuldung desselben vorhanden war. Der Buchhalterbericht äußert in entsprechender Weise; z. B. p. 10. 11, der Kläger sei um Geldaushülfe ersucht worden; er habe sich er-

boten, 2000 ℳ herzugeben. Damit sei Hermann Günther nicht zufrieden gewesen. „Er habe gemeint, 2000 ℳ könnten nicht helfen; es müßten 4000 ℳ sein, da Friedrich Günther zu sehr in Schulden vertieft sei.“ — Auch in dem in Betreff der beiden Falliten abgegebenen Straf-Erkenntnisse vom 16. März 1861 ist der Betrieb derselben als ein schwindelhafter und mit Sicherheit zum Fallissement führender bezeichnet worden.

Hiernach mußte den vorigen Richtern in der Bestimmung der Beweislast beigetreten werden. Dadurch wird selbstverständlich dem Kläger die Mitbenutzung des in der April-Acte liegenden Hermann Güntherschen Anerkenntnisses im Beweisverfahren, so weit eine solche als ihm dienlich anzusehen sein sollte, nicht abgeschnitten.

IV. Das Obergericht hatte den Beweissatz dahin formulirt, der Kläger solle darthun,

daß dem Rey am 26. April 1860 eine Forderung gegen Hermann Günther, oder gegen die Handlung F. A. Günther zum Belaufe von Crt.ℳ 6635. 5½ ß oder doch zu dem Belaufe zugestanden habe, zu welchem die bezüglichen, in der Masse vorgefundenen, in dem Verzeichnisse Anl. 5 zur Klage aufgeführten Waaren ihm in der April-Acte angerechnet worden seien.

Hiegegen war den Beklagten der Gegenbeweis im Allgemeinen und speciell dahin vorbehalten, daß die Geldleistungen, welche Rey gemacht habe, und die zu der fraglichen Forderung Veranlassung gegeben hätten, Mitgift an die Hermann Günthersche Ehefrau, oder ein Theil derselben, gewesen sei.

Diese Beweisformulirung ist von beiden Theilen in Betreff verschiedener Punkte angegriffen worden.

A. Klägerische Beschwerden.

Der Kläger hat

a. den ersten Theil seiner zweiten Beschwerde speciell dahin gerichtet, daß — unter Veränderung der Beweislast — die Beklagten verpflichtet werden möchten, die Voraussetzun-

gen einer Paulianischen Anfechtung der dem Rey gemachten Deckung (materielle Insolvenz des Deckenden, Kunde des Rey von diesem Zustande, Nichtexistenz der Reyschen Forderung) zu erweisen. Dieser Punkt ist durch das zu III. Ausgeführte erledigt. Schon dasjenige, was im vorliegenden Falle auf Seiten des Klägers zur Begründung der Eigenthumsklage nothwendig ist, führt auf die klägerische Beweispflicht in Betreff der Valutavergütung hin, ohne daß es auf die Einrede der Simulation, resp. der Paulianischen Anfechtbarkeit, ankommt.

b. Eventuell achtet sich der Kläger für beschwert, daß das Obergericht den Beweis auf den Umstand gerichtet habe, der Kläger habe „am 26. April 1860" eine Forderung zum Betrage von Crt. ℳ 6635. 5½ ß (oder wie viel weniger) gehabt. Er beantragt, diese Zeitbestimmung zu beseitigen, und den Kläger mit dem Beweise jeder Forderung der erforderlichen Größe, gleichviel ob sie vor dem 26. April 1860 oder später, wenn nur vor der Insolvenz-Erklärung, entstanden sein möge, zuzulassen.

Der klägerische Anwalt macht für dies Verlangen geltend, daß Rey wirklich noch andere Forderungen, namentlich eine andere von 3000 ℱ Gold gehabt habe, welche er bald nach der Errichtung der April-Acte, im Anfang Mai, der Firma F. A. Günther vorgestreckt habe. Freilich sei ihm für diese letztgedachte Forderung eine Deckung gegeben worden — nämlich durch die Verkaufs- und Traditions-Acte vom 18. Juni, worüber der bereits oben erwähnte andere Proceß zwischen den Parteien geführt worden —; allein die Deckung habe kein ausreichendes Resultat geliefert, indem die Brüder Günther einen beträchtlichen Theil der dem Rey verkauften und eigenthümlich übertragenen Gegenstände veräußert hatten, ohne dem Kläger das Provenü zukommen zu lassen. Mit dem hieraus sich ergebenden Ausfall müsse der Kläger aus dem Grunde hier zugelassen werden, weil ihm der Art. 34 Nr. 3 der Neuen Fallit-Ordnung zur Seite stehe, zufolge welches diejenigen, welche eines ihnen verschuldeten

Falliten Güter in ihrem Besitz haben, insofern sie iusto titulo zu dem Besitz gekommen, des Retentionsrechtes zu genießen haben sollen.

Diese Beschwerde ist mit Grund von den Beklagten bestritten worden. — Bedeutung hat dieselbe überhaupt nur, insofern der Kläger von einer nach dem 26. April 1860 entstandenen Forderung redet; denn vorher entstandene Forderungen, wenn sie nicht etwa bis zum vorgenannten Tage getilgt worden sein sollten, kann der Kläger selbstverständlich zum Beweise benutzen. Auf später entstandene Forderungen kann es dagegen nicht ankommen. Gerade um die Existenz einer Reyschen Forderung zur Zeit des 26. April handelt es sich. Die zum Eigenthumserwerb erforderliche Vergütung des Kaufpreises soll zu jener Zeit durch Compensation geschehen sein, sie setzt also die Existenz einer Forderung gerade zu jener Zeit voraus. Die Aufstellung des Klägers, er könne eventualiter retiniren, ist hier, wo es sich um den Beweis des klägerischen Eigenthumserwerbs handelt, am unrechten Orte, überdies auch deshalb hinfällig, weil es dem Kläger an der nothwendigen Voraussetzung jeder Retention, der Detention, fehlt. Dies Letztere liegt, da die possessorische Klage des Rey rechtskräftig verworfen ist, außer Zweifel.

B. Beklagtische Beschwerden.

Die Beklagten beschweren sich (eventualiter)

a. darüber, daß es dem Kläger verstattet worden sei, mittelst des Beweises einer Forderung, sei es an Hermann Günther, sei es an die Firma F. A. Günther, durchzudringen; der Kläger müsse auf den Beweis einer Forderung an den Erstgenannten beschränkt werden.

Der Ungrund dieser Beschwerde ergiebt sich ohne Weiteres daraus, daß Hermann Günther — wie die Beklagten selbst im vorliegenden Processe nachdrücklich geltend gemacht haben — solidarisch für die Verbindlichkeit der Firma F. A. Günther verpflichtet gewesen ist, so daß jede Schuld der letz-

teren auch eine Forderung an Hermann Günther persönlich begründete.

Ein fernerer Beschwerdepunkt der Beklagten besteht

b. darin, daß es dem Kläger verstattet sei, seinen Beweis auf einen solchen Forderungsbelauf zu beschränken, welcher dem Betrage, zu welchem die in der Anlage 5 aufgeführten (noch jetzt vorhandenen) Waaren in der April-Acte angesetzt seien, gleichkomme.

Diese Beschwerde hat insofern einigen Schein, als man begründeter Weise davon auszugehen hat, daß zu der in Rede stehenden Eigenthums-Uebertragung volle Vergütung des Kaufpreises gehörte, wie denn auch in Wirklichkeit für die Gesammtheit der übertragenen Gegenstände die Gesammtheit der klägerischen Forderung compensando getilgt worden sein soll. Hieraus ließe sich weiter ableiten, daß, wenn die qu. Forderung nicht bis zu dem angegebenen Belaufe bestanden haben sollte, der Mangel auf sämmtliche einzelne Gegenstände eingewirkt habe, von denen dann für keinen die nöthige Vergütung geleistet worden sei. Auch würde man es als unberechtigt anzusehen haben, wenn der Kläger den Theil der Forderung, dessen Beweis ihm etwa gelinge, gerade auf die jetzt streitigen, vindicirten Gegenstände beziehen wollte. Dieser Argumentation steht es indessen entgegen, daß der Kläger, welcher nur auf einen Theil der im April 1860 gekauften und ihm tradirten Gegenstände klagt, zur Begründung dieser Klage mit dem Beweise einer dem Kaufpreise jener Gegenstände an Größe gleichkommenden Forderung ausreichen muß. Aus dem Beweise einer Forderung in diesem Umfange folgt noch nicht, daß eine Kaufpreis-Vergütung für den hier nicht in lite befindlichen Rest jener Gegenstände unterblieben sei. Wollten die Beklagten aus einem solchen Unterbleiben Rechte ableiten, so hätten sie dies geltend machen und einen desfallsigen Beweis anbieten müssen, was nicht geschehen ist.

Uebrigens scheint aus der Rechtfertigung der hier in Rede stehenden Beschwerde hervorzugehen, daß die Beklagten bei

derselben ihre Absicht auf einen dem gegenwärtigen Streite gar nicht angehörigen Punkt gerichtet haben. Sie vermuthen nämlich, daß der Kläger beabsichtige, für den Werthbetrag desjenigen Theils der in der April-Acte verzeichneten Gegenstände, welche nicht in der Masse vorgefunden sind, als Creditor bei der Masse aufgenommen zu werden. Und diese Aufnahme würde allerdings durch den Beweis der Forderung in deren gesammtem Umfange bedingt sein. Allein auf jene Aufnahme des Klägers ist nicht geklagt, und es kann mithin bei der Beweisnormirung auf den angeregten Punkt keine Rücksicht genommen werden. Selbstverständlich wird den Rechten der Parteien in Betreff dieses Gegenstandes durch den Ausgang des gegenwärtigen Processes nicht präjudicirt.

Endlich achten sich die Beklagten

c. dadurch beschwert, daß nicht dem Kläger der Beweis der Identität der in dem klagend beigebrachten Verzeichniß (Anlage 5 zur Klage) aufgeführten, vindicirten Waaren mit den entsprechenden, in der April-Acte verzeichneten aufgelegt worden sei.

Dieses Vorbringen der Beklagten verstößt gegen den klaren Inhalt des Vergleichs, welchen die Parteien am 15. September 1860 darüber geschlossen haben, zu welchen Kategorieen resp. der vom Kläger auf Grund der verschiedenen Acte in Anspruch genommenen und der Masse unbestritten zuständigen Gegenstände die vorgefundenen Waaren u. s. w. gehörten. Jenem Vergleich liegt auch dasjenige Verzeichniß bei, welches die in der Acte vom 26. April 1860 aufgeführten Waaren und Geschäfts-Utensilien, so weit sie noch vorhanden sind, enthält und in Bezug auf welche die Beklagten erklärt haben,

> „sie erkennten die Identität der darin verzeichneten Gegenstände an; sie erkennten es an, daß die darin aufgeführten Sachen die durch die Acte vom 26. April 1860 gemeinten seien."

Und im gegenwärtigen Processe haben die Beklagten excipiendo ohne irgend welche Einwendungen eingeräumt,

„die Anlage 5 enthalte ein Verzeichniß derjenigen Gegenstände, welche nach Uebereinkunft der Parteien an Stelle der in der Acte vom 26. April 1860 aufgeführten träten."

Wenn die Beklagten jetzt behaupten, sie hätten bei jenem Vergleiche den Vorbehalt gemacht, daß die von ihnen ertheilte Anerkennung der Repartition der vorgefundenen Gegenstände in die oben gedachten Kategorieen dadurch bedingt werde, daß der Kläger in Betreff des Werthes der nicht mehr vorhandenen Gegenstände als Creditor bei der Masse nicht concurriren dürfe, so widerspricht dies der von ihnen in dem Vergleiche abgegebenen reinen Erklärung. Ueberdies enthält das hier in Rede stehende Vorbringen der Beklagten eine excipiendo nicht vorgetragene und deshalb präcludirte Einwendung.

V. Gegen den Ausspruch des Obergerichts, daß das eventuell als dem verstorbenen Rey zuständig gewesen anzunehmende Eigenthum den vom m. n. Kläger jetzt vertretenen drei minderjährigen Kindern desselben nur zu drei Viertheilen zu Gute komme, ist die dritte Beschwerde erhoben, daß nicht jenen drei Kindern das Eigenthum ganz zukommen solle.

Die Grundlosigkeit dieser Beschwerde liegt am Tage. Unbestritten ist außer den vorgedachten drei Kindern des Rey ein viertes, die Ehefrau des Mitfalliten Hermann Günther, vorhanden. Daß diese die Erbschaft ihres Vaters ausgeschlagen habe, behauptet der m. n. Kläger nicht; auch enthalten die vorliegenden Acten das Gegentheil. Denn es ist eine pro herede gestio, wenn dieselbe (ausweise des Obergerichts-Protocolls p. 4) nach dem Ableben ihres Vaters, als die Sache in der Appellations-Instanz vor dem Obergerichte lag, durch ihren Mandatar Dr. Gustav Hertz erklären ließ,

„sie wolle in den Rechtsstreit nicht eintreten, sei vielmehr ihrerseits mit dem Erkenntniß des Niedergerichts vom 31. März 1862 (wodurch ihr Vater mit der erhobenen Klage abgewiesen worden war, und gegen welches der Vertreter desselben Appellation eingelegt hatte) zufrieden."

War aber die Ehefrau Günther Mit-Erbin ihres Vaters geworden, so unterliegt die Verwerflichkeit der in Rede stehenden Beschwerde keinem Zweifel.

Ob die Ehefrau Günther mit oder ohne Einwilligung ihres Ehemannes jene Erklärung abgegeben hat, ist für die Beurtheilung des vorbesprochenen Punktes gleichgültig, und bedarf es mithin keines weiteren Eingehens auf dasjenige, was der Kläger hierüber vorgebracht hat.

VI Die letzte in Betracht kommende Beschwerde ist die von den Beklagten in letzter Eventualität aufgestellte, dahin gehend,

> daß nicht jedenfalls der Kläger verpflichtet worden sei, die auf die eventuell ihm auszuliefernden Gegenstände haftenden Unkosten (Miethe, Inventur-, Conservirungs- rc. Aufwendungen), deren nähere Aufgabe vorbehältlich, pro rata zu ersetzen.

In der Klage hatte der Kläger sich dazu erboten, den Beklagten die ihnen gebührende Provision von 1 % des Werthes der vindicirten Gegenstände (Art. 99 der Neuen Fallit-Ordnung) zu vergüten. Die Beklagten hatten hierauf excipiendo bemerkt, mit jener Provisions-Vergütung werde nicht genug geschehen, der Kläger müsse eventuell auch die in gravamine bezeichneten Kosten übernehmen. — Weiteres ist über diesen Gegenstand in den Acten nicht vorgekommen. — Wenn bei dieser Sachlage das Obergericht dem Kläger eventuell drei Viertheile des Eigenthums an den vindicirten Gegenständen in seinem Erkenntnisse zugesprochen hat, ohne zugleich über jene Kosten sich zu äußern, so ist nicht anzunehmen, daß es den Beklagten in Betreff dieses Punktes Etwas habe absprechen wollen. Vielmehr ist dieser ein Gegenstand, über welchen zu erkennen es dann die geeignete Zeit sein wird, wenn eventuell das klägerische (Mit-) Eigenthumsrecht außer Zweifel gestellt und die in Betracht kommenden Unkosten ihrer Art und ihrem Umfange nach vom Kläger näher dargelegt sein werden. — Die Beschwerde ist mithin gegenstands-

los, und wird dem Kläger das Obergerichts-Erkenntniß nicht entgegenstehen, wenn er später auf den hier besprochenen Gegenstand zurückkommen sollte.

Waren nach dem Obigen die Appellationen beider Parteien als grundlos zu verwerfen, so mußten, wie im Erkenntnisse geschehen, die Kosten dieser Instanz durchweg compensirt werden.

Bremen. 18.

Untersuchungssache wider **Adam Scharbinger** Wittwe, **Therese,** geb. **Böschel.**

(pto. lenocinii.)

Zeugnißfähigkeit öffentlicher Mädchen in Betreff des lenocinium. Begriff des lenocinium im Gegensatz zur einfachen Kuppelei. Strafe des lenocinium.

Aus den Entscheidungsgründen
des Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisses
vom 28. Februar 1865.

Von jeher ist vom Oberappellations-Gerichte der Grundsatz angenommen und angewendet worden, daß die Aussagen öffentlicher Mädchen nicht nur, soweit sie Geständnisse enthalten, vollen Glauben verdienen, sondern, daß auch die damit verbundenen unbeeidigten Angaben über die Betheiligung der Wirthe und Wirthinnen an dem in ihrem Hause betriebenen liederlichen Gewerbe ein dringendes Indicium bilden, und, zumal wenn anderweitig unterstützt, selbst geeignet sind, den vollen Beweis des lenocinium herzustellen.

— — — — — — — — — — — — — — —

Nach allem diesem darf es unbedenklich als erwiesen angenommen werden, daß die Inculpatin wissentlich, und zwar

in gewinnsüchtiger Absicht, eine Mehrzahl öffentlicher Mädchen zum Betriebe ihres unsauberen Gewerbes in ihr Haus aufgenommen hat, was eben das Charakteristische der Hurenwirthschaft bildet, im Gegensatz zur einfachen Kuppelei.

— — — — — — — — — — — — — —

Nach den in großer Anzahl vorliegenden Präjudicaten wird die Hurenwirthschaft in Bremen, selbst wenn sie zum ersten Male zur Untersuchung kommt, regelmäßig mit Zuchthaus bestraft, wie dies noch neuerdings vom Ober-Appellations-Gerichte wiederholt anerkannt ist.

U.-S. wider Peymann Ehefrau, October 1862.
U.-S. wider Strohmeyer und Ehefrau, Mai 1863.

Druck von H. G. Rahtgens in Lübeck.

Sammlung der Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der

vier freien Städte Deutschlands

zu **Lübeck.**

Herausgegeben

von

Dr. J. F. Kierulff,

Präsident des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte.

Jahrgang 1865.

2. Heft.



Hamburg.

W. Mauke Söhne

vormals Perthes-Besser & Mauke.

1865.

Frankfurt. 19.

C. A. F. W. A. R. Freiherr **von Holzhausen** zu Frankfurt, Kläger, wider die Metzgermeister **A. J. Heidt, J. Frech** und **C. G. Wagner** daselbst, Beklagte, jetzt beiderseits Appellanten.

Der Grundsatz des Römischen Rechts, daß Prädialservituten nicht verpachtet werden dürfen, leidet beim Deutschen Hutrechte keine Anwendung.

Bei allen solchen servitutes rusticae, welche im Römischen Rechte des Besitzschutzes durch besondere Interdicte entbehren, also auch bei den Deutschen Weideservituten, findet ein interdictum uti possidetis utile Statt, und es ist daher der Beweis des Besitzes nicht auf den Nachweis von Besitzhandlungen im letzten Jahre vor angestellter Klage zu beschränken.

Der Kläger als Besitzer des auf der Frankfurter Seite des Mains belegenen Fideicommißguts „Hellerhof" nimmt auf Grund eines im Jahre 1809 von dem früheren Fideicommiß-Inhaber Georg von Holzhausen mit den anderen dortigen Ackerbegüterten geschlossenen Vergleichs ein Hutrecht auf gewisse Wiesen als dem Hellerhofe zustehend in Anspruch. Auf diesen Wiesen sollen die Beklagten im Jahre 1861 ihre Hämmel haben hüten lassen. Deshalb vom Kläger am 16. November 1861 wegen Störung im Besitze der ihm zustehenden Weideservitut belangt, gaben die Beklagten zwar zu, ein eignes Hutrecht auf den fraglichen Wiesen nicht zu haben,

läugneten aber, sowohl daß der Kläger sich im Besitze des angeblichen Hutrechts befinde, als auch die behauptete Störung in diesem Besitze. Der Kläger, welchem der Beweis beider geläugneten Thatsachen auferlegt ward, und zwar der der ersteren dahin: daß er sich zur Zeit der Klage im Besitze des Weiderechts auf den fraglichen Wiesen befunden habe, trat diesen Beweis durch den obbedachten Vergleich von 1809 und außerdem durch Zeugen an, welche über Besitzhandlungen nicht bloß im letzten Jahre vor angestellter Klage, sondern auch in früheren Zeiten aussagen sollen. Eine gleiche Ausdehnung gaben die Beklagten ihrem angetretenen Gegenbeweise, welchen sie sodann auch dahin richteten, daß das fragliche Hutrecht nicht vom Pächter des Hellerhofes, sondern von einem gewissen Ronsheimer, dem das fragliche Hutrecht in Afterpacht gegeben worden, ausgeübt sei. Dabei beantragten die Beklagten eine Vernehmung der Zeugen an Ort und Stelle.

Stadtgerichts-Erkenntniß vom 21. December 1863.

1) Von den klägerischen Beweismitteln ist nur die Bezugnahme auf gewisse, nicht näher bezeichnete Acten, die Zuschreibung des Hellerhofes bez. die desfallsige öffentliche Ladung vom Jahre 1840 betreffend, bestritten, und zwar mit Recht. Denn es ist die Pflicht des Producenten, die von ihm in Vorschlag zu bringenden Beweismittel so speciell zu bezeichnen, daß der Richter, ohne erst selber Recherchen dieserhalb anstellen zu müssen, über die Meinung des Beweisführers nicht im Zweifel sein kann.

Da Kläger vorliegenden Falles dieser Pflicht nicht entsprochen, die in Bezug genommenen Acten nicht genügend bekennzeichnet hat, so kann der Beweisantretung desselben in diesem Punkte keine Folge gegeben werden.

Dagegen steht der Abhör der vorgeschlagenen Zeugen kein rechtliches Hinderniß entgegen, da die von den Beklagten her-

vorgehobenen Thatumstände zwar möglicher Weise eine Verdächtigkeit, nicht aber eine Unfähigkeit der benannten Personen zum Zeugniß in dieser Sache begründen.

Wenn übrigens Beklagte meinen, die Zeugen müßten an Ort und Stelle vernommen werden, so ist dies grundlos, da Zeugenverhöre unter freiem Himmel in der Proceßordnung nicht vorgesehen sind. Dem Kläger wird jedoch die Auflage zu machen sein, die zur Orientirung der Zeugen erforderliche Karte, seinem Erbieten gemäß, in termino herbeizugeben.

2) Bezüglich der Gegenbeweisführung der Beklagten kommt das Folgende in Betracht:

A. Kläger hat zu beweisen, daß er zur Zeit der erhobenen Klage (Novbr. 1861) im Besitz des Rechtes gewesen sei, auf den Grundstücken Gew. XX. Nr. 24. 25. 27 und 28 der hiesigen Gemarkung zu hüten.

Nach dieser Beweisauflage handelt es sich für den Kläger um den Nachweis des, den Interdictenschutz des Quasi-possessor bedingenden, gegenwärtigen Besitzes, d. i. um den Nachweis der Ausübung des bestrittenen Rechtes im letzten Jahre.

Vgl. Puchta, Vorlesungen. Bd. I. S. 304.

Die kritische Zeit, welche hiernach allein in Frage steht, ist vorliegenden Falles das Jahr vom 16. November 1860 bis dahin 1861.

Wenn nun die Beklagten mittelst ihrer Gegenbeweisführung (Abschnitt A. in [27]) durch Benennung von Zeugen darthun wollen, daß von Alters her nicht die jeweiligen Besitzer des Hellerhofes, sondern andere Personen die Hut auf fraglichen Grundstücken ausgeübt haben, so trifft dies weit über das Ziel hinaus, da die Behütungsverhältnisse jener Grundstücke in früherer, jenseits des Jahres 1860 liegender Zeit für den dermaligen Beweissatz gänzlich irrelevant sind.

Es kann daher der Abhör der, im Uebrigen als unfähig nicht zu betrachtenden, Zeugen nur mit der Einschränkung

auf die für den Beweissatz maaßgebenden Gesichtspunkte Statt gegeben werden.

B. Beklagte wollen den directen Gegenbeweis weiter dadurch führen, daß sie die Bewahrheitung ihrer Behauptung unternehmen, das für sich allein und abgetrennt von dem herrschenden Grundstück auf einen Dritten nicht übertragbare Hutrecht an den in Rede stehenden Dammwiesen sei nicht von dem Kläger als Eigenthümer des Hellerhofes oder von dessen Pächter Mettenheimer, sondern von einem gewissen Ronsheimer, in seiner Eigenschaft als Afterpachter jenes Rechtes, mit dessen eigenen Schafheerden ausgeübt worden.

Zwar geben die Beklagten die Zeit dieser Behütung abseiten des Ronsheimer nicht näher an, allein es mag schon zu ihren Gunsten angenommen werden, daß sie die oben bezeichnete, kritische Zeit (Novbr. 60—61) gemeint haben.

Indessen wenn man auch der Ansicht derselben von der Unübertragbarkeit des in Frage stehenden Hutrechtes beipflichten und demgemäß die von Ronsheimer mit Mettenheimer abgeschlossene Afterpacht als rechtlich wirkungslos betrachten wollte,

vgl. dagegen das Präjudicat in Seuffert Archiv, Bd. 3. Nr. 147,

so würde immerhin die erwiesene Thatsache des von Ronsheimer ausgeübten Hutrechtes nicht die Negative des Beweissatzes klarstellen, den Nichtbesitz des Klägers darthun. Denn es ist anerkannt Rechtens, daß bei dinglichen Servituten die Quasi possessio nicht nur durch Ausübung des Rechtes von Seiten des Grundeigenthümers selber oder seines Repräsentanten (Pächters), sondern ebenso durch die Ausübung jedes Dritten, selbst eines malae fidei possessoris, erhalten wird, wenn nur diese Ausübung fundi nomine erfolgt ist.

L. 5. 6. pr. 20. 24. Dig. 8, 6.
L. 1. § 7. L. 3. §. 4. Dig. 43, 19.
Savigny, Besitz, ed. 6. Seite 586.

Daß aber Ronsheimer, wenn er überhaupt, wie Beklagte behaupten, das Hutrecht an den Dammwiesen ausgeübt hat,

dies Namens des Hellerhofes d. h. Kraft der dieſem Gute resp. deſſen Eigenthümer zuſtehenden Berechtigung gethan hat, ſteht nach Lage der Sache nicht zu bezweifeln, einerlei ob man der von Ronsheimer mit Mettenheimer abgeſchloſſenen Afterpacht rechtliche Wirkung beilegen will oder nicht.

Die behauptete und von den Beklagten zu beweiſen unternommene Thatſache würde hiernach, weit entfernt eine Negative des klägeriſchen Quaſibeſitzes darzuthun, gerade umgekehrt für die Exiſtenz deſſelben ſprechen und iſt deshalb, bei der Unerheblichkeit jener Thatſache für die Zwecke der beklagtiſchen Gegenbeweisführung, letztere inſoweit zu verwerfen.

Aus dieſen Gründen wird zu Recht erkannt:

I. Die Gegenbeweisführung der Beklagten, ſoweit ſie auf Herſtellung der Thatſache gerichtet iſt, daß Ronsheimer die Dammwieſen mit ſeinen eigenen Schafheerden behütet habe (Abſchnitt B. der Gegenbeweisantretung), wird verworfen.

II. Im Uebrigen ſind die beiderſeits vorgeſchlagenen Beweis- und Gegenbeweiszeugen ([22] S. 6—8 und [27] S. 18 flg.), vorbehältlich aller Einreden wider deren Perſonen und Ausſagen und, ſoviel die beklagtiſchen Gegenzeugen betrifft, mit der aus Abſchnitt 2 A. der vorſtehenden Entſcheidungsgründe ſich ergebenden Einſchränkung, bei der Gerichts-Commiſſion zu vernehmen.

III. Kläger hat in der desfallſigen Tagfahrt eine, die Lage der in Betracht ſtehenden Grundſtücke verſinnlichende Karte zur Orientirung der Zeugen vorzulegen.

IV. Verfügung über die Koſten der heutigen Tagfahrt bleibt bis zu dem Enderkenntniß in der Sache ſelbſt ausgeſetzt.

Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 11. April 1864.

I. Die Appellation der Beklagten und

1) die erſte Beſchwerde anbelangend, ſo wird dieſe verworfen, da die Zeugenvernehmung in der Regel bei der

Stadtgerichts=Commission zu geschehen hat, auch anzunehmen ist, daß für den Fall der Erledigung der im Abschnitt III. des angefochtenen Erkenntnisses dem Kläger gemachten Auflage die beiderseitigen Zeugen, wenn sie sonst dazu im Stande, hinsichtlich der einschlagenden Localverhältnisse unbehindert sein werden, die an sie zu stellenden Fragen gehörig zu beantworten, immerhin aber das die Zeugenvernehmung leitende Mitglied des Stadtgerichts je nach sich etwa ergebendem Bedürfniß sich mit den Zeugen vor deren Abhör an Ort und Stelle zu verfügen keinen Anstand nehmen wird.

2) In Bezug auf die zweite Beschwerde ist das Nachfolgende zu befinden:

Zwar soll nicht bestritten werden, daß, wie in den stadtgerichtlichen Entscheidungsgründen unter 2 B. an= und ausgeführt worden, der (Quasi=) Besitz einer dinglichen Servitut auch durch die Ausübung von Seiten Dritter, falls solche nur fundi nomine geschieht, erhalten werden könne.

Allein hiervon ist in der vorliegenden Streitsache nicht ausschließlich die Rede, sondern es tritt hier noch die besondere Beschränkung ein, daß die Behütung der fraglichen Wiesen nur mit zum Hellerhofe gehörigen Schafen geschehen darf.

S. 9 und 10 der Entscheidungsgr. zum Ober=Appell.=Ger.=Erkenntniß vom 11 Juli 1863.

Da nun Kläger zur Erbringung des ihm durch den Abschnitt I. B. 1. des Appellationsgerichts=Erkenntnisses vom 11. Aug. 1862 auferlegten Beweises durch Zeugen darzuthun unternommen hat, daß er vom Hellerhofe aus jene Wiesen habe behüten lassen,

Conf. [22] Act. 1ae inst. S. 6 u. f.

so genügt diese Thatsache ihrer Unbestimmtheit wegen nicht, eine auf das gedachte Hutrecht bezügliche und das Gesuch um richterlichen Schutz begründende Besitzhandlung zu constatiren, sondern es muß auch zugleich nachgewiesen werden, daß die Behütung durch eine dem Hellerhofe oder dem Päch=

ter desselben Bernhard Mettenheimer angehörende Schafheerde ausgeübt worden sei.

Der den Beklagten vorbehaltene directe Gegenbeweis wäre daher als erbracht anzusehen, wenn dieselben bewiesen haben würden, daß die fraglichen Wiesen nur von Ronsheimer mit dessen eigenen Schafen behütet worden seien.

3. Bei der dritten Beschwerde handelt es sich im Wesentlichen um den Zeitraum, binnen welchem die betreffenden Grundstücke, und darum, wie oft dieselben von Seiten des Klägers behütet worden sein müssen, wenn der bezügliche Theil des ihm auferlegten Beweises über die Ausübung des Besitzes des Hutrechts erbracht sein soll.

Nun ist für eine in Handlungen des Berechtigten bestehende Servitut als allgemeine Regel zu betrachten, daß nur derjenige richterlichen Schutz bei Ausübung dieser Servitut fordern kann, welcher solche in dem Jahre von Zeit des ausgebrachten Interdicts an rückwärts gerechnet ausgeübt hat,

Puchta, Vorlesungen Bd. 1. S. 304.
Zeitschrift für Civilr. u. Proceß Bd. 12. S. 184 u. 185 und die dort allegirten Pandecten-Stellen.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 171. Bd. 6. Nr. 58.

und da vorliegend eine Dienstbarkeit in Frage steht, welche jedenfalls nur in einem Theile des Jahres ausgeübt werden kann, so genügt es, wenn diese Ausübung nur einmal während des Jahres stattgefunden hat,

Puchta, a. a. O. S 305.
Zeitschrift rc. S. 189. 190.

und ist daher der von dem Kläger zu führende Beweis als dahin gerichtet zu betrachten, daß die Schafhut auf den fraglichen Wiesen von seiner Seite während der Zeit vom 16. Novbr. 1860 bis zum 16. Novbr. 1861 wenigstens einmal ausgeübt worden sei.

Hiernach erledigt sich sowohl die dritte Beschwerde des Beklagten, als die zweite Beschwerde des Klägers.

4) Die **vierte** Beschwerde wird in der nachstehenden Erörterung über die erste klägerische Beschwerde ihre Widerlegung finden.

5) Von Seiten der Beklagten ist in der mündlichen Verhandlung die formelle Zulässigkeit der klägerischen Appellation darum, weil mit der Appellations-Einlegung die Angabe der bezüglichen Beschwerden nicht verbunden gewesen sei, angefochten worden; allein mit Unrecht, da dem Kläger in Anbetracht der stattgehabten contradictorischen Verhandlung eine desfallsige Verbindlichkeit nicht obgelegen hat.

O.-A.-G.-Erkenntniß vom 9. Decbr. 1856 in S. Söldner c. Hitzel, Vereinssamml. Bd. 3. S. 17.

II. **In Bezug auf die Appellation des Klägers** und

1) auf die **erste** Beschwerde ist das Nachfolgende zu erwägen:

Kläger hat zu erweisen:

daß er zur Zeit der Anstellung der Klage (am 16. Novbr. 1861) das Recht, die Grundstücke Gew. XX. Nr. 24. 25. 27 und 28 der frankfurter Gemarkung mit Schafen zu beweiden, besessen habe.

Die vorstehende Beweisauflage beruht darauf, daß das interdictum uti possidetis, welches vorliegend in Anwendung gekommen, den juristischen Besitz des fraglichen Hutrechts von Seiten des Klägers voraussetzt.

S. 7 der angez. Entscheidungsgr.

Dieser juristische Besitz ist bei dem Kläger vorhanden, wenn er die gedachten Grundstücke in der Absicht, dadurch ein Recht auszuüben, hat beweiden lassen.

Savigny, Recht des Besitzes, 6. Aufl. S. 100 und flg. S. 755 und 585.

Was den Beweis der Absicht des Klägers ein Recht auszuüben anbelangt, so wird, da letzteres klägerischerseits als dem Hellerhofe zustehend angegeben worden, dieser Beweis aller-

dings unterstützt durch den Inhalt des § 5 des in der Klage S. 3 allegirten Vertrages vom 11. Septbr. 1809,

S. 74 des Abdrucks des Original-Vergleichs, die Aufhebung der Brache betr., nebst Anlagen.

sowie durch die in [23] beurkundete Transcription des Hellerhofes auf den Kläger als Nachfolger seines Vaters, des verstorbenen Freiherrn Johann Justinian Georg von Holzhausen, im von Holzhausen'schen Familien-Fideicommiß, weil Kläger in seiner Eigenschaft als Inhaber dieses Fideicommisses und des dazu gehörigen Hellerhofes die Behütung der betreffenden Grundstücke nicht wohl anders als unter der Voraussetzung eines dem Hellerhofe zustehenden Rechts hätte veranstalten können.

Da jedoch die von dem Kläger weiter angezogenen Stadtgerichts-Acten nach seiner eigenen Angabe über deren Inhalt nicht mehr als die vorerwähnten Urkunden zu dem fraglichen Beweise beizutragen vermögen würden, so ist schon aus diesem Grunde die erste dagegen gerichtete klägerische Beschwerde, daß dem Gesuche um Adjungirung jener Acten Seitens des Stadtgerichts nicht willfahrt worden, zu verwerfen.

Aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

I. Das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 21. December 1863 wird dahin bestätigt und beziehungsweise abgeändert:

A. Kläger hat in einer von dem Stadtgerichte anzuberaumenden Tagfahrt

a) den mit dem Philipp Ronsheimer wegen der Schafhut errichteten Pachtvertrag und

b) sein die Einnahmen während der Jahre 1861 und 1862 aus dem Hellerhofe enthaltendes Buch

vorzulegen oder eidlich zu erhärten:

daß er diese Urkunden, beziehungsweise welche derselben weder besitze noch absichtlich, um deren Vorlage zu verhindern und den Beklagten ihre Rechtsvertheidigung zu erschweren, aus Händen habe kommen lassen, auch nicht wisse, wo dieselben sonst zu finden seien,

bei Vermeidung, daß das durch die fraglichen Urkunden zu Beweisende als bewiesen angenommen werden solle.

B. Die beiderseits denominirten Beweis- und Gegenbeweis-Zeugen in S. 6 bis 8 [22] act. 1ae inst. und in S. 18 u. f. und S. 31 u. f. [27] sind vorbehältlich aller Einreden wider deren Person und Aussagen mit der aus Abschnitt 2 A. der Entscheidungsgründe des vorgedachten Stadtgerichts-Erkenntnisses sich ergebenden Einschränkung bei der Stadtgerichts-Commission eidlich abzuhören.

C. Kläger hat in der betreffenden Tagfahrt eine die Lage der in Betracht stehenden Grundstücke versinnlichende Karte zur Orientirung der Zeugen vorzulegen.

D. Verfügung über die Kosten der am 21. Decbr. 1863 bei dem Stadtgerichte gepflogenen öffentlichen Verhandlung bleibt bis zum Endurtheil in der Sache selbst ausgesetzt.

II. Kläger hat den Beklagten ein Viertel der denselben in dieser Instanz erwachsenen Kosten zu ersetzen.

---

3) Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 28. Februar 1865.

Daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 11. April 1864, wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, aber dahin abzuändern sei, daß

1) die Beklagten mit ihrem Gegenbeweise, soweit derselbe in [27] der Stadtgerichts-Acten sub B. S. 23—34 angetreten ist, nicht zuzulassen;

2) die Beweis- und Gegenbeweiszeugen ohne Beschränkung auf die Besitzhandlungen im letzten Jahre vor angestellter Klage abzuhören, und

3) die Kosten der vorigen Instanz zu compensiren seien.

Die Kosten dieser Instanz werden gleichfalls verglichen.

Entscheidungsgründe.

I. Der Kläger beschwert sich mittelst seines grav. I., daß die Beklagten mit dem zweiten Theil ihrer Gegenbeweisantretung [27] act. sub B. zugelassen seien, und diese Beschwerde war für begründet zu erachten.

Die Beklagten wollen nämlich den Gegenbeweis des dem Kläger rechtskräftig auferlegten Beweises, daß er zur Zeit der Anstellung der Klage das Recht, die fraglichen Dammwiesen mit Schafen zu beweiden, besessen habe, durch den Nachweis erbringen, daß ein gewisser Ronsheimer das Hutrecht des Hellerhofes gepachtet und dasselbe auf den fraglichen Wiesen mit seinen eigenen Schafen ausgeübt habe.

A. Mit Unrecht zwar vermeint der Kläger, dieser Theil des angetretenen Gegenbeweises sei der einer verspäteten Einrede. Denn kann der Besitz des dem Hellerhofe zustehenden Hutrechts nicht durch einen Pächter desselben, welcher es mit eigenen Schafen ausübt, conservirt werden, so gehört die dahin gehende Behauptung der Beklagten unzweifelhaft zum directen Gegenbeweise. Allein

B. mit Recht hat das Stadtgericht diesen Gegenbeweis, weil auf etwas völlig Irrelevantes gerichtet, zurückgewiesen,

Denn

1) die Beklagten läugnen nicht nur nicht, daß der angebliche Hutpächter Ronsheimer das Hutrecht als ein dem Hellerhofe zustehendes, also Namens des fundus dominans geübt habe, sondern sie geben es durch die Behauptung, daß er dessen Pächter sei, implicite zu. Nun würde aber

a) selbst wenn der Grundsatz des Römischen Rechts, daß Realservituten nicht verpachtet werden dürfen, unbedingt auf das Hutrecht, wie es sich nach Deutschem Recht gestaltet hat, Anwendung litte, und also der Eigenthümer des dienenden Grundstücks gegen eine solche Verpachtung einen Einwand erheben könnte, dieß doch da, wo es sich, wie hier, nur von Conservirung des Besitzes handelt, nicht in Betracht kommen, da dieß bekanntlich von jedem Dritten, wenn er ihn nur fundi nomine übt, geschehen kann.

Allein

b) es kann die rechtliche Zulässigkeit einer Verpachtung des Deutschen Hutrechts auch nicht füglich bezweifelt werden, da, wie bereits vom O.=A.=Gerichte bei einer anderen Gelegenheit ausgesprochen worden ist, solche Grunddienstbarkeit nicht bloß zu Gunsten eines herrschenden Grundstücks, sondern auch schlechthin einer juristischen Person bestehen kann.

Seuffert, Archiv Bd. 16. Nr. 176.
S. auch Hägemann, Erörterungen Th. IV. Nr. 58.
Gerber, Deutsches Privatrecht § 145. Note 4.
Seuffert, Archiv Bd. 12. Nr. 248.

Denn wenn das Appellations=Gericht der Ansicht ist, daß das Hutrecht des Hellerhofes nur mit dessen eigenen Schafen ausgeübt werden dürfe und sich dafür auf die Entscheidungsgründe des Ober=Appellations=Gerichts zum Erkenntnisse vom 11. Juli 1863 beruft, so beruht das auf keiner zutreffenden Auffassung des dort Gesagten. Es handelte sich nämlich damals von der Beseitigung des Einwandes der Beklagten, es sei ihnen die Behütung der fraglichen Wiesen von deren Pächtern mit Consens der Eigenthümer gestattet worden, also von der Frage, ob die Eigenthümer der dienenden Grundstücke, welchen hinsichtlich ihres eigenen Viehs das jus compascui zusteht, außerdem auch zur Benachtheiligung der ausschließlich Hutberechtigten dritten Personen die Mithut einräumen dürften; dieß, nur dieß ward verneint und dabei geltend gemacht, daß es sich damit ebenso verhalte wie bei dem Hutberechtigten, welcher das dienende Grundstück auch nur mit seinem eigenen Vieh beweiden d. h. dritten an sich Unbefugten keine Mithut einräumen dürfe. Es hat also durch die Worte „mit seinem eigenen Vieh" nur das Vieh bezeichnet werden sollen, mit welchem zum Nutzen und Namens des herrschenden Grundstücks das Hutrecht geübt werden darf, gehöre es nun dem Eigenthümer oder einem Dritten.

Mußte aus diesen Gründen der ersten Beschwerde des Klägers entsprochen werden, so erledigten sich dadurch die weiteren auf eben diesen Punkt sich beziehenden speciellen Beschwerden II, III. und IV.

II. Beide Theile beschweren sich, daß die von ihnen producirten Zeugen nur über die Besitzverhältnisse in dem letzten Jahre vor angestellter Klage abgehört werden sollen. — Grav V. des Klägers, Grav. II. der Beklagten. — Und auch diesen übereinstimmenden Beschwerden war Statt zu geben.

Es haben zwar, wie schon in älterer so auch in neuester Zeit, bedeutende Auctoritäten sich dafür ausgesprochen, daß auf diejenigen servitutes rusticae, welche im Römischen Rechte des Besitzschutzes durch besondere Interdicte entbehren, und also auch auf die Deutschen Weideservituten das interdictum uti possidetis nicht anwendbar,

Giphanius, explanat. difficilior Leg. Cod. L. VIII. Tit. 6. p. 302.

Wissenbach, exercitat. ad. lib. Pand. S. II. Lib. 43. Disput. 24. Th. 5. p. 260.

v. Savigny, Besitz S. 587—88 und Note 2. S. 607—8.

Wiederhold, über das interdictum uti possidetis § VIII. No. IX.

daß vielmehr wie bei Reallasten so auch bei diesen Prädialservituten die für die Wege- und Wasserrechts-Servituten gegebenen Interdicte analogisch anzuwenden seien.

Donellus, ad L. unic. Codicis 8. 6.

Heerwart, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 12. Nr. 6 und 9. § 14.

Puchta, Pandecten § 139.

Keller, Pandecten § 186. p. 370.

Arndt's Pandecten § 192. not. 6.

Seuffert, Pandecten § 418.

Brinz, Pandecten § 33 p. 185.

Auch erscheint allerdings die Annahme unrichtig, als ob schon nach Römischem Rechte neben diesen besonderen Interdicten für Fälle, wo diese nicht passend waren, das interdictum uti possidetis eingetreten sei. Gleichwohl hat das O.-A.-Gericht, wie schon früher von ihm geschehen, so auch jetzt noch an der seit lange bestehenden und auch von anderen höchsten Gerichtshöfen

Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 7. S. 443 flg.

Entscheidungen des Tribunals in Celle, 4. Jahrg. Nro. 11.

befolgten Deutschen Praxis festhalten zu müssen geglaubt, welche allen solchen Servituten, für welche im Römischen

Recht keine besonderen Interdicte eingeführt sind, einen Besitzschutz durch ein interdictum uti possidetis utile gewährt.

Hienach war der Kläger, obgleich er seinen gegenwärtigen Besitz des Hutrechtes auf den fraglichen Wiesen zu erweisen hat, bei diesem Beweise, was sich auch schon durch die Proceßlage empfiehlt, nicht von vorn herein auf den Beweis von Besitzhandlungen im letzten Jahre vor angestellter Klage zu beschränken. Ist aber das, so muß das Gleiche auch den Beklagten für ihren Gegenbeweis gestattet werden.

III. Als völlig unbegründet stellte sich dagegen die dritte Beschwerde der Beklagten dar, daß der Kläger mit dem Vergleiche zwischen Georg von Holzhausen und den Ackerbegüterten vom 11. September 1809 als Beweismittel zugelassen sei. Ihr Widerspruch gegen die Zulassung dieses Beweismittels beruht nämlich lediglich auf einer Aeußerung des O.-A.-Gerichts in dessen Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse vom 11. Juli 1863. Allein diese Aeußerung geht nur dahin, es komme, da dem Kläger vom Appellations-Gerichte der Beweis seines Besitzes der fraglichen Hutgerechtigkeit auferlegt sei, auf eine Erörterung darüber, ob mit Recht angenommen sei, daß Georg von Holzhausen im Jahre 1809 im anerkannten Besitze des Hutrechts gewesen sei, zur Zeit nicht an. Es ist mithin klar, daß hiedurch dem Kläger nicht das Recht hat abgeschnitten werden sollen, zum Beweise seines juristischen Besitzes des Weiderechts sich jenes Vergleichs mit zu bedienen, indem man es nach damaliger Lage der Sache nur nicht für nöthig erachtet hat, sich über die Beweiskraft jener Urkunden ihrem Inhalt nach näher auszusprechen.

Eben so unbegründet ist aber auch anderseits

IV. die sechste Beschwerde des Klägers, daß die Adjungirung der in der Beweisantretung in Bezug genommenen Transcriptionsacten von 1839 und 1840 in Beziehung auf den Hellerhof nicht verfügt worden sei.

In seiner Beweisantretung hat nämlich der Kläger zum Beweise seiner Activlegitimation und seines animus juris

exercendi den § 5 des obgedachten Vergleichs von 1809 und zugleich den Nachweis beigebracht, daß er Nachfolger des Georg von Holzhausen in dem Fideicommißgute Hellerhof geworden sei.

Stadtger.-Acten [23. 24.]

und nur eventualiter, also für den Fall, daß dieß nicht für ausreichend erachtet werden sollte, sich auf die obgedachten Acten bezogen.

Ebendas. [22] S. 5—6.

Hat nun das Appellations-Gericht jene Urkunden für dasjenige, was dadurch nachgewiesen werden soll, und zwar mit vollem Recht für ausreichend, und aus diesem Grunde die Herbeiziehung der fraglichen Acten für überflüssig erklärt, so ist nicht abzusehen, wie der Kläger sich dadurch für beschwert erachten kann. — Es erübrigt, soviel die Hauptsache betrifft, nur noch

V. die erste Beschwerde der Beklagten, daß die Vernehmung der Zeugen an Ort und Stelle verworfen, und eventualiter, daß nicht mindestens eine vorher zu veranstaltende Besichtigung der Localität durch die Zeugen unter Assistenz des Gerichtssecretärs und Zuziehung der Parteien verfügt sei.

Hier erscheint nun der principale Theil der Beschwerde als unbegründet. Denn da es nur darauf ankommt, daß die Zeugen genau wissen, von welchen Wiesen es sich handle, so ist, wenn sie hierüber im Klaren sind, die Vernehmung der Zeugen an Ort und Stelle nicht erforderlich. Dagegen ist der eventuelle Antrag, welchen die Beklagten bereits in voriger Instanz der Ausführung ihrer Beschwerde hinzugefügt hatten, ein wohlbegründeter, indem allerdings schwerlich anzunehmen ist, daß sich die producirten Beweis- und Gegenbeweiszeugen ihrer Mehrzahl nach auf Grund der ihnen vorzulegenden Karte in die Localität gehörig werden finden können. Da indessen bereits das Appellationsgericht diesen eventuellen Antrag einigermaaßen berücksichtigt hat, so bedurfte es keiner reformatorischen Entscheidung, sondern nur des Aus-

spruchs der bestimmten Erwartung, daß von Seiten des Stadtgerichts unter allen Umständen diesem Antrage der Beklagten gemäß werde verfahren werden.

VI. Den Kostenpunkt anlangend, so war die siebente Beschwerde des Klägers, daß nicht die Beklagten in sämmtliche Kosten voriger Instanz verurtheilt seien, als unbegründet zu verwerfen. Vielmehr erschien es angemessen, diese Kosten gleichwie die der gegenwärtigen Instanz durchgängig zu compensiren.

---

20. Hamburg.

C. P. Schütt zu Hamburg, Kläger, wider H. Bohres & Comp. daselbst, Beklagte, Rechnungsablage und Forderung betreffend.

Negotiorum gestio. Der Geschäftsführer haftet, abgesehen von dem Fall, wenn er sich einer Sache angenommen hat, welche ohne seine Thätigkeit für den Principal verloren gewesen wäre, gleich dem Mandatar für omnis culpa. Folgeweise hat, er, wenn sich aus dem geführten Geschäft ein Verlust ergeben hat, seinerseits den Beweis zu übernehmen, daß der Verlust mit Anwendung des höchsten Fleißes nicht zu vermeiden war.

Eidliche Bestärkung der Ergebnisse einer Geschäftsführung statt förmlichen Beweises. Sie wird nach einer handelsrechtlichen Praxis dem Commissionär auf Grund des ihm vom Committenten geschenkten Vertrauens gestattet, wenn die Umstände des einzelnen Falles kein Bedenken ergeben. Dem bloßen negotiorum gestor kommt diese Begünstigung nicht zu Statten.

Rechtsfall. Der Kläger hatte im September 1857 eine Partie Tuchwaaren an J. H. Grete & Comp. in Buenos Ayres zum bestmöglichen Verkauf à conto meta consignirt. Die Beklagten, welche das Geschäft vermittelten, deckten durch

ein Accept die auf J. H. Grete & Comp. fallende Hälfte des Facturapreises. Nachdem ein Theil der Tuche verkauft war, sahen sich J. H. Grete & Comp. zur Sistirung ihrer Zahlungen genöthigt. Ein Theilhaber der, bei dem Fall dieses Hauses auch anderweit interessirten, beklagten Firma, H. Bohres, reiste nach Buenos Ayres, ließ sich von J. H. Grete & Comp. deren sämmtliche activa, darunter auch die Forderung für die bereits verkauften Tuche, abtreten, und machte dem Kläger davon unter dem 3. März 1858 Anzeige. Später übersandten die Beklagten dem Kläger die von J. H. Grete & Comp. unter dem 31. Januar 1858 aufgestellte Verkaufs-Rechnung, welche ein Netto-Provenüe von Papier-Dollars 18,393 auswies. Die im September 1862 angestellte Klage ist auf Rechnungsablage und Auskehrung des Provenües aus dem ganzen Consignationsgeschäft gerichtet. Der Streit in seiner jetzigen Lage beschränkt sich aber auf die Erstattung der Hälfte der von J. H. Grete & Comp. an H. Bohres cedirten Forderung für verkaufte Tuche. In dieser Beziehung erklärten die Beklagten in der ersten Verhandlung der Sache: es sei ihnen aus der cedirten Forderung nichts zu Händen gekommen, da die Käufer der Tuche, Lazzaro Chiappari & Comp. in Buenos Ayres, Insolvenz erklärt hätten. In einer gleichzeitig übergebenen schriftlichen Uebersicht des Rechnungsverhältnisses, Anl. D., war jedoch bemerkt: die fragliche Forderung sei „theils an Lohmann Meyn & Comp. in Buenos Ayres übergeben, theils und namentlich die auf Pap.-Doll. 10,189 sich belaufende Restsumme durch Fallissement von Lazzaro Chiappari & Comp. werthlos geworden." Es erfolgte ein rechtskräftig gewordenes Handelsgerichts-Erkenntniß vom 9. Januar 1863, welches

in Erwägung, daß die Beklagten, wie sich aus den Vorträgen der Parteien ergebe, im Anfang des Jahres 1858 in Buenos Ayres als negotiorum gestores das klägerische Interesse dem insolventen J. H. Grete gegenüber vertreten und sich zur Sicherung der klägerischen Rechte die aus der fraglichen Consignation herrührenden Ausstände hätten ab-

treten lassen; daß die Beklagten über diese Ausstände dem Kläger Rechenschaft zu geben verpflichtet seien, eine solche jedoch in der Notiz auf der Anl. D. in genügender Weise nicht gefunden werden könne,

den Beklagten auferlegte: binnen 8 Tagen bei 20 ℔ Strafe eine genaue Aufgabe über die ihnen im Anfange 1858 von J. H. Grete überwiesenen, aus der fraglichen Consignation herrührenden Ausstände und über das Schicksal derselben zu machen.

Die Erklärung, welche die Beklagten nunmehr in dem Paritions-Termin vom 1. Mai 1863 abgaben, ist ihrem wesentlichen Inhalte nach aus den Entscheidungsgründen dritter Instanz zu ersehen.

---

1) Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 8. Mai 1863.

1) — — —

2) In Ansehung der in dem Erkenntnisse vom 9. Januar 1863 sub 2 den Beklagten gemachte Auflage:

da die Beklagten nunmehr zwar über die ihnen von J. H. Grete cedirten Ausstände genauere Angabe gemacht haben, bei dem klägerischen Bestreiten ihrer Angabe, daß die Grete'sche Cession werthlos gewesen sei, ihnen aber in ihrer Stellung dem Kläger gegenüber obliegt, die Richtigkeit solcher Angabe oder doch mindestens das zu beweisen, daß sie unerachtet der Aufwendung aller ihnen obliegenden Diligenz die von J. H. Grete ihnen überwiesene Forderung an Lazzaro Chiappari & Comp., wenigstens soweit solche mit zur Deckung der klägerischen Ansprüche an J. H. Grete dienen sollte, einzucassiren nicht vermocht haben;

daß Beklagte schuldig seien innerhalb 4 Monate nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses, dem Kläger Gegenbeweis vorbehältlich, bei Verlust der Beweisführung copulativ oder alternativ folgende Beweise anzutreten:

1) daß die ihnen von J. H. Grete in Buenos Ayres ertheilte Cession über seine Forderung an Lazzaro Chiap-

pari & Comp. daselbst, mindestens soweit dieselbe aus Verkäufen von der hier fraglichen Tuchsendung herrührte, sich als werthlos deshalb ausgewiesen, weil J. H. Grete schon vor Errichtung solcher Cession oder doch bevor sie, die Beklagten, von der Errichtung derselben die genannten Schuldner gehörig benachrichtigen konnten, sich sein Guthaben bei denselben theils baar, theils in Accepten hatte auskehren lassen;

2) daß, ungeachtet sie mit aller Diligenz verfahren, die ihnen von J. H. Grete in Buenos Ayres überwiesene Forderung an Lazzaro Chiappari & Comp. daselbst sich, mindestens soweit dieselbe aus Verkäufen von der hier fraglichen Tuchsendung herrührte, als eine inexigible herausgestellt habe.

Nach beendigtem Beweisverfahren soll sodann weiter erkannt werden was Rechtens.

---

2) Obergerichtliches Erkenntniß vom 2. October 1863.

(Auf Appellation der Beklagten.)

Da zwar nach Maßgabe handelsgerichtlichen Erkenntnisses vom 9. Januar d. J. den Beklagten obliegt, über die ihnen im Anfange 1858 von J. H. Grete in Buenos Ayres überwiesenen, aus der hier in Rede stehenden Consignation herrührenden Ausstände und über das Schicksal derselben genaue Aufgabe zu machen;

da indessen diese Auflage, bei der Stellung der Beklagten zu dieser Angelegenheit und zu dem Kläger, nicht in dem Sinne einer denselben obliegenden förmlichen Beweispflicht, sondern nur dahin aufgefaßt werden kann, daß die Beklagten über alles dasjenige, was über diese Ausstände und deren Schicksal ihnen an Ausweisen zu Händen oder sonst zur Kunde gekommen, aufrichtige und vollständige Angaben zu machen haben;

da demnach das klägerische Bestreiten der in Paritionem gedachten Erkenntnisses beklagtischer Seits gemachten näheren

Aufgaben nicht zu einer Beweis-Auflage an die Beklagten führen kann, vielmehr dem Kläger, insofern derselbe vermeinen sollte, daß den Beklagten dennoch etwas von den fraglichen Ausständen für ihn zu Händen gekommen, oder die Beklagten sich eine Vernachlässigung seiner Interessen haben zu Schulden kommen lassen, nur noch der, mittelst der eventuellen Beschwerde beantragte Beweis nachzulassen sein würde, insofern aber solcher Beweis nicht angetreten oder verfehlt werden sollte, der Zulassung der Beklagten zu einem sachgemäßen Eide nichts entgegenstehen würde:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 8. Mai d. J. wieder aufzuheben, und dem Kläger annoch vorgängig, den Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, in einem vom Handelsgerichte anzuberaumenden Termine, vel copulative vel alternative, der Beweis nachzulassen:

daß den Beklagten aus der ihnen von J. H. Grete in Buenos Ayres ertheilten Cession über seine Forderung an Lazzaro Chiappari & Comp. daselbst, so weit dieselbe aus Verkäufen von der hier fraglichen Tuchsendung herrührt, etwas und wieviel zu Händen gekommen,

oder, daß in Folge eines beklagtischen Verschuldens diese Forderung unrealisirt geblieben sei;

insofern aber diese Beweise von dem Kläger nicht angetreten oder verfehlt werden sollten, die Beklagten zu einem sachgemäßen Eide zu admittiren seien.

Die Kosten dieser Instanz sind zu compensiren.

---

3) Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 28. Februar 1865.

(Auf Appellation des Klägers.)

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichtes der freien Hansestadt Hamburg vom 2. October 1863 zwar in Ansehung der Kosten voriger Instanz zu bestätigen, im Uebrigen aber aufzuheben, und

dasjenige des Handelsgerichtes vom 8. Mai 1863 wiederherzustellen sei. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Entscheidungsgründe.

I. Durch das vom Obergericht bestätigte Handelsgerichts-Erkenntniß vom 9. Januar 1863 sind folgende Punkte rechtskräftig festgestellt worden.

1) Die Beklagten haben sich im Anfang des Jahres 1858 von J. H. Grete & Comp. in Buenos Ayres diejenigen Forderungen, welche dieser Firma, in Folge der vom Kläger à conto meta mit ihr unter dem 21. September 1857 gemachten Consignation, aus dem Verkauf eines Theils der Consignationswaaren zustanden, cediren lassen, und zwar theils im eigenen Interesse der Beklagten selbst, welche für die von J. H. Grete & Comp. übernommene Hälfte der Consignation Accept geleistet hatten, theils zur Sicherung der klägerischen Rechte.

2) Die Beklagten sind hinsichtlich der klägerischen Hälfte der Consignation nicht in die Verbindlichkeiten von Grete & Comp. eingetreten, sie haben aber bei jener Cession das Interesse des Klägers als negotiorum gestores vertreten und haben als solche über die Realisirung der abgetretenen activa Rechenschaft abzulegen und dem Kläger die Hälfte des Provenües auszuliefern.

3) Vermöge dieser Rechenschaftspflicht haben die Beklagten, da ihre Angaben in der Vorverhandlung zu unbestimmt waren, wie es im decisum ausdrücklich heißt, „eine genaue Aufgabe über die ihnen im Anfang 1858 von J. H. Grete & Comp. überwiesenen, aus der hier in Rede stehenden Consignation herrührenden Ausstände und über das Schicksal derselben zu machen."

Die Feststellung dieser Punkte ist nach dem Inhalte des gedachten Erkenntnisses völlig klar, und damit erledigt sich von selbst die in den jetzigen Schriften der Parteien berührte Streitfrage, ob ihr Rechtsverhältniß auf einem Mandat oder einer negotorium gestio beruhe. Weder der Kläger darf

sich jetzt noch auf ein Mandat berufen, noch haben die Beklagten, welche ihre Eigenschaft als negotiorum gestores von Anfang an behauptet und fortwährend festgehalten haben, Anspruch darauf, von den Folgen dieser Stellung, soweit sie ihnen ungünstiger sein sollten, befreit zu bleiben.

Es ergiebt sich ferner aus den hervorgehobenen Punkten, daß der von den Beklagten in den höheren Instanzen gemachte Versuch, jetzt noch in Abrede zu stellen, daß ihnen Forderungen für den Kläger cedirt worden seien, deren Incasso sie übernommen hätten, ein völlig ungerechtfertigter ist, sofern damit mehr gesagt werden sollte, als: es sei ihnen keine auf eine bestimmte Summe lautende Forderung für den Kläger cedirt worden. Denn daß die Beklagten von J. H. Grete & Comp. die aus der fraglichen Consignation herrührende Forderung dieser Firma sich zur Hälfte zu dem Zweck haben cediren lassen, um die Rechte des Klägers als dessen Geschäftsführer wahrzunehmen, also sie einzucassiren und das Provenüe an den Kläger auszukehren, davon ist das Handelsgericht in seinen Entscheidungsgründen unzweideutig ausgegangen, wie denn auch diese Grundlage nach den Vorverhandlungen und dem Inhalte des beklagtischen Briefes vom 3. März 1858 eine völlig gerechtfertigte war.

II. Dagegen kann über die Frage von der Beweislast, also darüber, ob die Beklagten zu beweisen haben, daß die ihnen cedirte Forderung ihrer pflichtmäßigen Diligenz ungeachtet keinen Ertrag geliefert habe, oder der Kläger, daß ein Betrag der cedirten Forderung in die Hände der Beklagten gelangt, oder die Erfolglosigkeit der Cession durch eine Schuld derselben herbeigeführt worden sei, eine bestimmte Entscheidung in dem handelsgerichtlichen Erkenntniß vom 9. Januar 1863 noch nicht gefunden werden. Denn wenn auch die Beklagten für verpflichtet erklärt worden sind, über die Realisirung der cedirten Forderung Rechenschaft abzulegen, so wurde zunächst doch nur die Auflage daran geknüpft, über die fraglichen Ausstände und deren Schicksal eine genaue Aufgabe zu machen, und diese Auflage setzt noch nicht noth-

wendig voraus, daß den Beklagten die Führung eines Exculpationsbeweises obliege.

Indessen ist mit Grund nicht zu bezweifeln, daß die Beklagten von der Beweislast betroffen werden.

Ein negotiorum gestor haftet gleich dem Mandatar der Regel nach für omnis culpa, wovon es eine nothwendige Folge ist, daß er einen aus dem geführten Geschäft sich ergebenden Verlust zu ersetzen hat, wenn er nicht nachzuweisen vermag, daß die Anwendung des höchsten Fleißes nicht geeignet war, den Verlust zu vermeiden. Nun gilt freilich eine Ausnahme hiervon, wenn sich Jemand ohne Auftrag einer Sache angenommen hat, welche ohne seine Thätigkeit für den Geschäftsherrn verloren gewesen wäre, indem dann der negotiorum gestor nur für dolus und culpa lata einzustehen,

l. 3. § 9. D. h. t. (3, 5.)

und folgeweise der auf Ersatz klagende Geschäftsherr eine Verschuldung dieser Art zu beweisen hat. Wenn indessen die Beklagten in jetziger Instanz sich beiläufig auf diesen Ausnahmsfall berufen, so kann es dahingestellt bleiben, ob darin nicht der Versuch liege, eine versäumte Einrede nachträglich geltend zu machen. Denn, auch wenn man dieses nicht annehmen wollte, so müßte, damit die Behauptung bei Anordnung der Beweislast berücksichtigt werden könnte, die gesammte aus den Acten erkennbare Sachlage ergeben, daß die besondere Voraussetzung jener gesetzlichen Ausnahme vorläge. Das ist jedoch hier nicht der Fall. Zwar war zu der Zeit, als H. Bohres nach Buenos Ayres reis'te, der Geldmarkt ein gedrückter, und bei kaufmännischen Transactionen, welche dem Eintritt eines Bruches vorangehen, kommt es oft auf ein rasches, entschlossenes Handeln an. Es ist daher nicht unmöglich, daß die Reise von H. Bohres und sein entschiedenes Eingreifen in die Geschäftsverhältnisse von J. H. Grete & Comp. für den Kläger von großer Bedeutung gewesen, und dieser ohne dasselbe von dem Ertrage der Consignation nichts gerettet haben würde. Allein die Beklagten haben es an jeder näheren Darlegung der Umstände, woraus zu entnehmen wäre,

daß es sich wirklich so verhalten habe, und überhaupt an jeder genaueren Darstellung des Verlaufs der ganzen Angelegenheit fehlen lassen; und diese wäre um so nothwendiger gewesen, als nicht übersehen werden darf, einmal, daß es zunächst das eigne Interesse war, welches H. Bohres zur Reise und zu den Proceduren gegen J. H. Grete & Comp. veranlaßte, sodann, daß der Kläger bereits einen Agenten in Buenos Ayres hatte. Soweit sich die Sache hiernach übersehen läßt, steht es ganz dahin, ob dem Kläger nicht auch ohne die Thätigkeit der Beklagten Mittel und Wege zu Gebote standen, zeitig für sein Interesse zu sorgen, und die positive Ueberzeugung, daß ihm die Hülfe der Beklagten unentbehrlich gewesen, läßt sich aus dem bisherigen Acten-Inhalt in keiner Weise gewinnen.

Unter diesen Umständen haben die Beklagten keinen Anspruch darauf, ihre Geschäftsführung als eine außergewöhnliche charakterisirt zu sehen, und von der regelmäßigen Beweislast befreit zu werden.

III. Vergleicht man hiermit die jetzt ergangenen Entscheidungen der vorigen Instanzen, so hat das Handelsgericht der vorstehenden Auffassung entsprechend den Beklagten alternativ zwei Exculpationsbeweise aufgelegt. Auch beim Obergericht kann aber eine abweichende Beurtheilung der Beweislast nicht unterstellt werden. Denn wenn auch die Fassung der Entscheidungsgründe den Zweifel erregen könnte, ob nicht der auf Umkehrung der Beweislast gerichteten zweiten Beschwerde der Beklagten habe entsprochen werden sollen, so hat das Obergericht doch für den Fall, daß der Kläger den ihm zunächst aufgelegten Beweis nicht führen oder gar nicht antreten sollte, erkannt, daß die Beklagten „zu einem sachgemäßen Eide zu admittiren seien." Von einem nach versäumtem oder verfehltem Beweise des Klägers durch die Beklagten noch abzuleistenden Eide könnte aber überhaupt keine Rede sein, wenn die Beweislast dem Kläger und nicht den Beklagten obläge. Die entscheidende Differenz von der handelsgerichtlichen Auffassung läßt sich daher nur darin finden, daß

das Obergericht der Meinung ist, die Beklagten könnten nach ihrer Stellung in dieser Angelegenheit nicht zu einer förmlichen Beweisführung angehalten, vielmehr müsse ihnen gestattet werden, nöthigenfalls ihre Exculpation durch Ableistung eines sachgemäßen Eides herzustellen. Es wurde also zu Gunsten der Beklagten nur eine ausnahmsweise Erleichterung in der Art der Beweisführung für zulässig erklärt. Durch die darin liegende Abweichung von dem regelmäßigen Beweisverfahren erklärt sich auch eben sowohl der Ausdruck, daß die Beklagten zu dem Eide zu admittiren seien, als die vorgängige Beweisauflage an den Kläger mit Vorbehalt des Gegenbeweises für die Beklagten. Denn den Parteien mußte jedenfalls Gelegenheit gegeben werden, den streitigen Sachverhalt wo möglich durch ordentliche Beiweisführung aufzuklären, und es war nur Sache der Proceßleitung, ob dies auf dem hier gewählten Wege eines dem Kläger aufgelegten Beweisversuches geschehen sollte, oder dadurch, daß den Beklagten, unter Beibehaltung der ihnen vom Handelsgericht auferlegten Exculpationsbeweise, nur ihrer dritten Beschwerde gemäß eine eventuelle Beeidigung der Beweissätze vorbehalten worden wäre.

IV. Dem Bisherigen gemäß kommt es bei der principalen Beschwerde, mittelst welcher der Kläger die Wiederherstellung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses verlangt, lediglich auf die Frage an, ob den Beklagten nach Beschaffenheit des Falles zu gestatten sei, ihre Angaben über den Verlauf und das Ergebniß ihrer Geschäftsführung in Ermangelung ordentlicher Beweismittel selbst zu beeidigen. Diese Frage mußte jedoch verneint werden.

Allerdings ist eine handelsrechtliche Praxis, wonach ein durch specielle Instructionen nicht beschränkter Commissionär, wenn über seine schließliche Rechenschaft Streit entsteht, nicht unbedingt zu förmlichem Beweise über die sorgfältige Vollziehung des Auftrags genöthigt wird, sondern zur eignen Beeidigung seiner Angaben zugelassen werden kann, vom

O.-A.-Gericht schon in einer Reihe von Fällen anerkannt worden.

Vgl. Hamb. Hennequin de Villermont c. Ziel Baltzer & Comp., Novbr. 1853.
„ „ Langmack c. Bolkow & Vaughan, Jan. 1858.
„ „ Gans & Franck c von der Porten, October 1858.
„ Frankf. Wetzlar c. Schmidt, October 1859. (Sammlung der O.-A.-G.-Erk. in Frankf. Sachen, Bd. 5. S. 148.)
„ Brem. Osterloh & Comp. c. Löning & Feuerstein, Sept. 1861. (Samml. der O.-A.-G.-Erk. in Brem. Sachen, Bd. 4. S. 497 ff.)

Allein der vorliegende Fall entspricht den Voraussetzungen für eine solche Erleichterung der Justification nicht.

a) Die erwähnte Praxis beruht wesentlich darauf, daß derjenige, welcher sich einem auswärtigen Geschäftsfreunde durch Ertheilung einer Commission ohne specielle beschränkende Instructionen anvertraut hat, einem solchen Commissionär auch in Beziehung auf die demnächst abzulegende Rechenschaft billigerweise ein gewisses Vertrauen zu schenken hat, namentlich dann keine förmlichen Belege verlangen darf, wenn deren Herbeischaffung entweder nach der Natur der in Frage stehenden Rechnungsposten nicht wohl thunlich war, oder wegen eines durch Schuld des Committenten abgelaufenen längeren Zeitraumes erschwert worden ist. In solchen Fällen handelte der Commissionär in der berechtigten Erwartung, es werde über die Ausführung des Geschäftes keine strenge Beweisführung verlangt werden, und indem der Committent sich dies im voraus sagen mußte, wurde ein stillschweigendes Einverständniß der Contrahenten über eine minder förmliche Behandlung der Sache begründet. Daß der Satz auf ein besonderes Vertrauensverhältniß zurückzuführen sei, ist auch in den angeführten Präjudicaten mehrfach, insbesondere durch Bezugnahme auf die Vorschrift im

Hamb. Statut, Th. II. Tit. 12. Art. 8.
Lüb. Statut, Th. III. Tit. 6. Art. 20.

zu erkennen gegeben und deshalb entscheidendes Gewicht auf die dem Commissionär eingeräumte selbstständige Stellung (illimitirten Verkaufsauftrag u. s. w.) gelegt worden. Kann

hiernach die fragliche Begünstigung schon nicht jedem Mandatar zu Statten kommen, so ist dies noch weniger der Fall bei einem bloßen negotiorum gestor, bei welchem es an einem contractlich begründeten Vertrauensverhältniß ganz fehlt. Es ist möglich, daß der negotiorum gestor in seinem persönlichen Verhältnisse Anlaß habe, auf ein besonderes Vertrauen des Geschäftsherrn zu rechnen; aber rechtlich ist eine solche Erwartung ohne Grund. Er muß sich vielmehr sagen, daß er sein Eingreifen in fremde Geschäfte, mögen die Motive dafür noch so lobenswerth gewesen sein, im vollsten Maße und nach den gewöhnlichen Rechtsregeln zu verantworten habe.

Der concrete Fall läßt sich auch nicht etwa deshalb anders beurtheilen, weil die Beklagten nur die Ausführung einer Commission fortsetzten, welche durch ihre Vermittlung zu Stande gekommen und durch Uebernahme einer Wechselverbindlichkeit für den Commissionär unterstützt worden war. Denn die Stellung und Thätigkeit eines Commissionärs war ihnen einmal vom Kläger nicht anvertraut, und es blieb immer ein Eingreifen in fremden Geschäftsbereich, wenn sie es in Buenos Ayres unternahmen, für den Kläger schon entstandene Forderungen einzuziehen und den noch vorhandenen Waarenvorrath weiter zu verkaufen.

b. Wie aus den obigen Präjudicaten ebenfalls ersichtlich ist, kann die immer als Ausnahme von der Regel zu betrachtende Zulassung zu eidlicher Justification keine Anwendung finden, wenn die besonderen Umstände des einzelnen Falles zu Bedenken Anlaß geben, sei es, daß Zweifel an der Richtigkeit der aufgestellten Rechnung und an der Gewissenhaftigkeit des Ausstellers obwalten, oder die Unthunlichkeit anderweiten Beweises dem Commissionär selbst zum Vorwurf gereicht. Bedenken ähnlicher Art liegen aber auch hier vor.

Zunächst kommt in Betracht, daß die Beklagten die Sache des Klägers und anderer in gleicher Lage befindlicher Betheiligter nicht aus uneigennützigen Motiven vertreten haben, sondern, wie aus der von ihnen selbst gegebenen Darstellung

folgt, wesentlich durch eignes pecuniäres Interesse dazu veranlaßt worden sind. Unverkennbar war ihnen daran gelegen, die gesammten Activa von J. H. Grete & Comp. zu ihrer Verfügung zu erhalten, um bei der Abwickelung der Schuldverhältnisse dieser Firma die Deckung ihrer eignen Ansprüche möglichst zu sichern. Obwohl nun die bisherigen Acten noch keinerlei Verdacht gegen die Gewissenhaftigkeit der Beklagten ergeben, so kann ihnen doch auch, wenn es bei Verwendung der Grete'schen Activa auf die Scheidung der eignen und fremden Interessen ankam, keine volle Unbefangenheit zugetraut werden. Traten die Beklagten als negotiorum gestores auf, in dem Bewußtsein, daß die beiderseitigen Interessen concurrirten und wohl auch collidiren könnten, so durften sie um so weniger darauf rechnen, bei ihrer künftigen Rechenschaft mit besonderer Nachsicht behandelt zu werden; sie mußten um so mehr darauf Bedacht nehmen, alles das, was die Ansprüche des Klägers betraf und was zur Realisirung derselben von ihnen gethan wurde, klar zu stellen, und sich soweit möglich die Beweise darüber zu sichern. Wenn die Beklagten sich beiläufig darauf berufen, daß ihnen sowohl die Realisirung der klägerischen Ansprüche selbst, als auch die Erlangung der erforderlichen Beweismittel, theils durch das Benehmen von J. H. Grete & Comp., theils durch die localen Verhältnisse in Buenos Ayres sehr erschwert worden sei, so ist es selbstverständlich, daß auf diese Hindernisse, soweit sie sich als glaubhaft herausstellen werden, bei Beurtheilung der den Beklagten obliegenden Diligenz Rücksicht genommen werden muß. Die Beklagten werden aber dadurch nicht der Pflicht entbunden, auf gewöhnlichem Wege nachzuweisen, daß sie alles gethan haben, was für das Interesse des Klägers den Umständen nach geschehen konnte.

Hierzu kommt noch, als sehr erheblicher Umstand, das Verhalten der Beklagten im jetzigen Proceß. Es muß dahin gestellt bleiben, ob der Vorwurf des Klägers, von den Beklagten schon vorher ein Paar Jahre hingehalten worden zu sein, begründet ist oder nicht. Im Proceß aber haben die

Beklagten über den Verlauf ihrer Geschäftsführung schwankende, unbestimmte und ungenügende Angaben gemacht, ungeachtet sie noch durch eine besondere gerichtliche Auflage zu einer „genauen Aufgabe" angewiesen worden waren. Während sie in der Vernehmlassung auf die Klage einfach erklärten, die aus dem Verkauf von 29 Stücken Tuch entstandene Grete'sche Forderung — nach Ausweis der Klagbeilage 3 also eine Forderung von Papier-Doll. 18,393 — habe in Folge der Insolvenz-Erklärung der Schuldner Lazzaro Chiappari & Comp. nichts eingetragen, stimmt schon die gleichzeitig übergebene Anl. D. damit nicht völlig überein, insofern danach ein Theil der Forderung an Lohmann Meyn & Comp. abgetreten worden sein soll. Auch hier wird aber immer noch bestimmt zu Grunde gelegt, daß ein Forderungsrest von Pap.-Doll. 10,189 bestanden habe und nur durch das Falliſſement von Lazzaro Chiappari & Comp. werthlos geworden sei. Ganz abweichend davon wollen die Beklagten in der Paritionsverhandlung vom 1. Mai 1863 überhaupt nur auf indirectem Wege erfahren haben, daß unter der ihnen cedirten Grete'schen Gesammtforderung an Lazzaro Chiappari & Comp., im Betrage von Pap.-Doll. 63,196, nur noch die Summe von Pap.-Doll. 10,189 für klägerische Waaren begriffen gewesen sei, und behaupten nun, daß Grete schon vor der Cession über seine *ganze* Forderung an Lazzaro Chiappari & Comp. theils durch Eincassirung einer baaren Summe, theils durch Ueberweisung der über den Rest ausgestellten Accepte von Lohmann Meyn & Comp. disponirt gehabt habe. Der dabei überreichte Schein eines Associés der letztgenannten Firma [16] erwähnt jedoch nur eine derselben überwiesene Summe von ca. Pap.-Doll. 40,000, und ergiebt nichts darüber, ob die aus dem Verkauf der klägerischen Waaren herrührende Grete'sche Forderung unter diesen Pap.-Doll. 40,000 oder unter den übrigen Pap.-Doll. 23,196 begriffen gewesen sei. Daneben fehlt in den Erklärungen der Beklagten über eine Reihe relevanter Thatsachen — wann die Grete'sche Cession an die Beklagten vor sich ging, wann

Grete ihnen die Einsicht seiner Bücher entzogen und den Erfolg der Cession zu vereiteln gesucht, oder schon vorher über die Forderung disponirt haben soll, welche Schritte die Beklagten unmittelbar nach der Cession zur Realisirung derselben thaten, wann Lazzaro Chiappari & Comp. fallirten und welches der Verlauf ihres Fallissements war — jede specielle Angabe, ungeachtet diese Thatsachen dem Theilhaber der beklagtischen Firma, welcher die Sache persönlich in Buenos Ayres betrieb, sämmtlich oder größtentheils bekannt sein mußten.

Diese höchst mangelhafte Auskunftertheilung läßt kaum eine andere Erklärung zu, als daß die Beklagten entweder in der Aufzeichnung der nöthigen Notizen über ihre Geschäftsbesorgung und Herbeischaffung der Beweise darüber in hohem Grade nachlässig waren, oder in den Proceßverhandlungen eine absichtliche Zurückhaltung beobachtet haben. In beiden Fällen aber haben sie keinen Anspruch darauf, zu einem Eide zugelassen zu werden, der auf Grund des bisherigen Actenmaterials doch nur eine ziemlich allgemeine Fassung würde erhalten können.

V. Mußte hiernach der principalen Beschwerde gemäß das handelsgerichtliche Erkenntniß wieder hergestellt werden, so erledigen sich damit die beiden eventuellen Beschwerdepunkte von selbst; wie denn auch die wieder auflebende dritte Beschwerde der Beklagten in voriger Instanz durch die obige Ausführung bereits ihre Widerlegung gefunden hat.

---

21. Hamburg.

Curatores bonorem **C. G. Endelmann & Comp.** zu Hamburg, Kläger, wider **Bollenhagen & Comp.** daselbst, Beklagte, ein Consignationsgeschäft betreffend.

---

1) Der Ausdruck „associé" bezeichnet im Zweifel den s. g. offenen Gesellschafter.

2) Nach gemeinem Handelsrechte tritt ein directes Rechtsverhältniß zwischen den Gesellschaftsgläubigern und dem Commanditisten nicht ein.

3) Vertrag über eine Commanditgesellschaft oder Bevollmächtigungs-Vertrag?

Rechtsfall. Endelmann machte 1858 und 1859 mehrere Consignationsgeschäfte nach Batavia, indem er dem dortigen Hause Pandel & Stiehaus durch Vermittelung von Bollenhagen & Comp. Mobilien zum Verkaufe übersandte. Nach seinem Fallissement erhoben 1861 die curatores bonorum Klage wider Bollenhagen & Comp. auf bessere Rechnungsablage in Betreff des Verkaufs der 1859 von Endelmann nach Batavia geschickten Polster-Mobilien. Bollenhagen beantragte die Abweisung der Klage, weil er nur als Bevollmächtigter des Batavia-Hauses thätig geworden, während die Kläger zwar mit diesem Hause contrahirt haben wollten, aber behaupteten, daß Bollenhagen entweder als Theilhaber der Firma Pandel & Stiehaus oder doch als mindestens beim Gewinne und Verluste derselben, namentlich bei diesem Geschäfte betheiligt für die genannte Firma einzutreten habe.

Beim Läugnen des Bollenhagen legte das Handelsgericht den Klägern auf, beide Thatsachen alternativ zu beweisen; das Obergericht jedoch strich die letztere Alternative aus dem Beweissatze und ließ die Kläger lediglich zu dem Beweise zu, daß Bollenhagen „associé" des Bataviahauses sei oder zur fraglichen Zeit gewesen sei.

Kläger traten diesen Beweis durch Eidesdelation an, worauf Bollenhagen Gewissensvertretung versuchte und einen Contract, dessen Echtheit nicht beanstandet worden, producirte, abgeschlossen Hamburg am 23. Mai 1857 zwischen der Firma Pandel & Stiehaus in Batavia und Bollenhagen & Comp. in Hamburg, unterzeichnet: Bollenhagen in Firma Bollenhagen & Comp., und Städer für mich und meinen Associé Kniffer, in Firma Pandel & Stiehaus, welcher Contract folgende Bestimmungen enthält:

§ 1. Bollenhagen wird als Bevollmächtigter von Pandel & Stiehaus zu deren Vertretung in Europa bestätigt. § 2. B. macht nach seinem Ermessen die Geschäftsreisen. § 3. Er ist, bei Nichtanwesenheit von Städer und Kniffer in Europa, allein ermächtigt, Agenten für P. & St. zu engagiren. §. 4. Pandel & Stiehaus vergüten Bollenhagen & Comp. für ihre Bemühungen und Unkosten alljährlich einen dritten Antheil des in ihrem Geschäfte sich ergebenden Gewinns. Sollte bei einem Jahresabschlusse sich kein Gewinn ergeben, so ist B. & Comp. keine Vergütung zu machen, und sollte ferner ein Jahresabschluß Verlust aufweisen, so haben dieselben darin nicht zu participiren. Dagegen remittiren P. & St. an B. & Comp. bei Uebersendung jeder Bilanz die Summe von 30,000 Fl. à Conto ihres Capitals. §. 5. Sollten P. & St. vor Ablauf dieses Contracts es für nöthig erachten, noch einen dritten Theilhaber in ihre Firma aufzunehmen, so verändert sich der Antheil der Herren Städer und Kniffer und Bollenhagen verhältnißmäßig um dessen Antheil. Reducirt sich aber die Anzahl der Theilhaber der Firma P. & St. wieder, so erhalten B. & Comp. wieder den dritten Theil des Gewinns. § 6. Jedes Jahr wird Bilanz aufgemacht. § 7. Der Gewinn einer jeden Bilanz ergiebt sich, nachdem die Handlungsspesen und die Zinsen des Gesammtcapitals der Betheiligten zu 6 % gerechnet in Abzug gebracht sind. §. 8. Auch am Gewinne der von P. & St. etwa errichteten Filial-Etablissements participirt B., wie in § 4 und 5 festgestellt worden. § 9. B. verpflichtet sich auch als Agent solcher Filial-Etablissements aufzutreten. § 10. Dauer des Contracts vorläufig 7 Jahre (vom 11. April 1856 bis Ende März 1863). § 11. Bei Aufhebung des Contracts haben P. & St. den Herren B. & Comp. ihr Capital mit Zinsen zu 6 % in drei gleichen jährlichen Raten zu remittiren. § 12. B. & Comp. verpflichten sich, während der Dauer des Contracts in keiner Weise für andere Häuser (ausgenommen Bollenhagen & Schramm in Adelaide) Agenturen anzunehmen.

Hierauf erkannte das Handelsgericht (9. Mai 1863):

Da, wie dies auch die Entscheidungsgründe zum handelsgerichtlichen und obergerichtlichen Erkenntnisse vom 11. Decbr. 1861 und 14. März 1862 ergeben, maßgebend für die Erläuterung des Wortes Associé erscheinen die Entscheidungsgründe zum oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisse in Sachen Dehn & Melchior c. Simmonds, Samml. 3. p. 151, und hienach gemeint ist, daß entweder der Sache nach die Geschäfte von Pandel & Stiehaus in Batavia gleichmäßig dieselben Personen betheiligen, welche Inhaber dieser Firma und welche die Inhaber der Firma Bollenhagen & Comp. in Hamburg sind, oder daß ohne diese Identität der Inhaber das in Batavia bestehende Haus eine Factorei des hamburger Hauses sei und als institor unter der Verantwortlichkeit des letzteren stehe;

da nun aus dem producirten Contracte zunächst sich ergiebt, daß das Batavia-Haus ein eigentliches Neben-Etablissement (eine s. g. Commandite, zum Unterschied von der eigentlichen Commanditgesellschaft, s. Brinckmann, Handelsrecht § 54, 1) der Firma Bollenhagen & Comp. nicht ist, weil ein solches Verhältniß voraussetzen würde, daß, wenn auch andere Personen die nominellen und die alleinigen Inhaber d. h. Zeichner der Firma Pandel & Stiehaus wären, dem materiellen Verhältniß zwischen diesen und Bollenhagen & Comp. zufolge deren Geschäfte ausschließlich für Rechnung der letzteren als der eigentlichen Principäle betrieben würden;

da aber der § 4 des Contractes nicht anders verstanden werden kann, als daß der Sache nach die Geschäfte von Pandel & Stiehaus gleichmäßig dieselben Personen, Bollenhagen, Städer und Kniffer betheiligen, indem der Nettogewinn nach Verzinsung des den einzelnen Personen an dem Vermögen der Firma zuständigen Guthabens in drei gleiche Theile getheilt werden soll (§ 7 eod.), und es als nicht entscheidend geachtet werden kann, daß von Bollenhagen dem Publicum gegenüber eine Verantwortlichkeit für die Verbindlichkeiten

der Firma Pandel & Stiehaus nicht übernommen ist, wie solches in dem Falle unzweideutig der Fall sein würde, wenn ihm die Berechtigung zur Zeichnung der Firma eingeräumt sein würde;

da freilich nach dem Contracte nicht bezweifelt werden kann, daß die Betheiligung Bollenhagens an der Totalität der Geschäfte von Pandel & Stiehaus cessiren würde für die betreffende Zeit, innerhalb deren die Summe solcher Geschäfte nach Verzinsung der Capitalien einen Netto-Verlust aufweisen sollte,

an sich aber eine Nichtbetheiligung am Netto-Verluste nicht eine das Associéverhältniß ausschließende Bestimmung ist,

(Cf. den pr. Entwurf zum Handelsgesetzbuch § 111, Entwurf aus 1. Lesung Art. 108 und die Redaction des § 109 des Handelsgesetzbuches, welcher nach den Protocollen nur eine größere Mannigfaltigkeit der Verhältnisse treffen will.)

vor Allem jedoch der Beklagte nicht zu behaupten vermocht hat, daß die Geschäfte von Pandel & Stiehaus in der betreffenden Zeit ein nach den Bestimmungen des Contractes als Verlust zu bezeichnendes Ergebniß gehabt haben, noch daß selbst unter Einrechnung eines ungünstigen Ausganges dieses Processes die darnach etwa zu rectificirende Bilanz des betreffenden Jahres einen definitiven Verlust ausweisen würde, es also nur angenommen werden kann, daß mit einem, selbst einen derartigen Nachtheil reichlich deckenden, Gewinn abgeschlossen wurde, und also eine Betheiligung des Inhabers beklagtischer Firma an dem Endergebniß der Geschäfte von Pandel & Stiehaus in der hier in Betracht kommenden Zeitperiode und zwar zu einem Drittheil anzunehmen ist:

daß der durch obergerichtliches Erkenntniß vom 14. März 1862 den Klägern auferlegte Beweis nunmehr für geführt zu erklären und demnach Beklagte schuldig zu erachten, die in Anlage III. vorliegende Verkaufsrechnung dahin zu justificiren,

daß sie den Posten von 8225 fl. specificiren, den effectiven Betrag der Einnahmen und Ausgaben nachweisen,

so wie daß höhere Preise nicht zu erzielen und die verrechneten Ausgaben angemessen und nöthig gewesen seien,

welche Justification dieselben salva reprobatione bei Verlust der Beweisführung innerhalb 6 Monate anzutreten haben.

Auf Appellation der Beklagten reformirte unterm 11. Septbr. 1863 das Obergericht aus folgenden Gründen:

Da zwar ein Fall, wie ihn das Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts in Sachen Dehn & Melchior c. Simmonds voraussetzt, hier offenbar nicht vorliegt, indem nach den bisherigen Vorträgen der Parteien weder davon die Rede sein kann, daß die beiden Firmen Pandel & Stiehaus in Batavia und Bollenhagen & Comp. hieselbst durch dieselben Personen gebildet werden, noch davon, daß das Haus in Batavia eine Factorei des Hamburger Hauses sei;

da indeß, wie auch die Appellanten selbst bemerken, hierauf an sich nichts ankommt, es sich vielmehr nach dem rechtskräftigen Beweisinterlocute nur fragt, ob der Inhaber der beklagtischen Firma Associé des Handlungshauses Pandel & Stiehaus sei oder doch zur Zeit der Entrirung des hier fraglichen Geschäfts gewesen sei;

da es nun allerdings, wenn der Abschluß eines Societätsvertrages sonst feststeht, mit der Natur dieses Vertrages nicht unvereinbar ist, einen Gesellschafter nicht am Verluste, sondern nur am Gewinne Theil nehmen zu lassen, eine Bestimmung, welche übrigens nur für das schließliche Ergebniß der gesellschaftlichen Operationen zuläßig erscheint, indem sich erst dann ergiebt, ob die Gesellschaft mit Gewinn oder Verlust gearbeitet habe,

l. 30 pr. pro socio 17, 2;

da aber der Seitens der Beklagten producirte Vertrag vom 23. Juni 1857 keineswegs als ein Societätsvertrag erscheint, indem darin L. W. Stäcker und Louis Kniffer als die alleinigen Inhaber der erwähnten Firma in Batavia be-

zeichnet werden, welche den Inhaber der beklagtischen Firma
zu ihrem Bevollmächtigten ernennen;

da auch die Bestimmung des § 4, wonach der bestellte
Agent für seine Bemühungen alljährlich, wenn sich bei der
Bilanz ein Gewinn ergiebt, einen Gewinnantheil, sonst aber
für das betreffende Jahr nichts erhalten und auch niemals
an dem Verluste participiren soll, den Inhaber der beklag-
tischen Firma nicht zum Associé macht, indem dadurch nicht
eine gesellschaftliche Theilnahme am gemeinsamen Geschäfts-
betriebe begründet, sondern nur das dem Agenten zu gewäh-
rende Honorar jedes Jahr von dem günstigen oder ungünsti-
gen Resultate der Societätsgeschäfte abhängig gemacht wird;

da sich ferner nicht mit dem Handelsgerichte annehmen läßt,
daß der Agent wenigstens für die Jahre, in denen mit Ge-
winn gearbeitet wurde, als Associé zu betrachten sei, indem
abgesehen davon, daß die Parteien über diese factische Vor-
aussetzung überall nicht verhandelt haben, gegen jene An-
nahme spricht, daß der Inhaber der beklagtischen Firma je
nach dem Ergebnisse der Jahresbilanz abwechselnd Theilhaber
und Nichttheilhaber sein würde, und daß immer erst hinterher
ermittelt werden könnte, welche Qualität ihm im abgelaufe-
nen Jahre zukomme, während doch nicht füglich zu bezweifeln
ist, daß dem J. Bollenhagen während der ganzen Dauer des
vorläufig auf 7 Jahre abgeschlossenen Vertrages nur eine
und dieselbe Eigenschaft — sei es die eines Agenten oder
die eines Gesellschafters — beigelegt werden darf, und er
im Verhältniß zu Dritten sofort feststehen muß, ob er we-
gen der Verpflichtungen der Gesellschaft belangt werden kann
oder nicht;

da endlich der Umstand, daß der Bevollmächtigte den In-
habern der Gesellschaft zu ihrem Geschäftsbetriebe Gelder
verzinslich vorgeschossen hat, ihn nur zum Creditor, nicht aber
zum Theilnehmer am Geschäfte macht;

da demgemäß der Inhaber der beklagtischen Firma nach
dem Inhalte des erwähnten Vertrages vom 23. Juni 1857
sich nicht als Associé der Firma Pandel & Stiehaus darstellt;

da indeß nicht völlig feststeht, daß dieser Vertrag in dem betreffenden Zeitraume für das Rechtsverhältniß der beiden Firmen in Batavia und Hamburg ausschließlich maßgebend gewesen sei, mithin die Gewissensvertretung nur dann gelungen sein würde, wenn der Inhaber der beklagtischen Firma eidlich erhärtet, daß der producirte Vertrag keine Zusätze oder sonstige Aenderungen erlitten habe;

da unter diesen Umständen nur dann, wenn der so eben erwähnte Erfüllungseid nicht geleistet würde, eine weitere Erklärung auf den deferirten Eid erforderlich ist;

daß unter Aufhebung des angefochtenen handelsgerichtlichen Erkenntnisses der Inhaber der beklagtischen Firma, J. Bollenhagen, vor dem Gerichte erster Instanz nachfolgenden Eid zu leisten habe:

Ich schwöre, daß der von mir producirte Vertrag vom 23. Juni 1857 nach dem Abschlusse keine Zusätze erhalten noch sonstige Aenderungen erlitten hat, sondern für das Geschäftsverhältniß zwischen mir und der Firma Pandel & Stiehaus in Batavia ausschließlich maßgebend geblieben ist;

daß die versuchte Gewissensvertretung nach erfolgter Ableistung dieses Eides für gelungen, im Fall der Eidesverweigerung hingegen für verfehlt zu erklären sei, und die Kosten dieser Instanz compensirt werden.

Das Ober-Appellationsgericht, an welches die Kläger weiter appellirten, bestätigte d. 20. März 1865 das obergerichtliche Erkenntniß.

Entscheidungsgründe.

I. Das Handelsgericht hatte in seinem Erkenntnisse vom 11. Decbr. 1861 den Klägern folgenden Beweis aufgelegt:

a) daß der alleinige Inhaber der beklagten Firma, Bollenhagen, entweder Associé des Handlungshauses Pandel & Stiehaus in Batavia sei oder doch zur Zeit der Entrirung des hier fraglichen Geschäfts gewesen sei;

b) oder mindestens bei den durch ihn resp. durch seine Firma vermittelten Consignationen an jenes Haus im

Allgemeinen oder doch bei der hier in Frage stehenden Consignation an Gewinn und Verlust betheiligt sei;

indem es davon ausging, die Beklagten hätten für die Handlungen oder Unterlassungen des Hauses Pandel & Stiehaus aufzukommen, wenn Bollenhagen socius der die Firma Pandel & Stiehaus führenden Persönlichkeiten sei; dasselbe müsse auch für den Fall gelten, daß die Societät zwischen Bollenhagen und dieser Firma sich nur auf Geschäfte der vorliegenden Art erstrecke. Das Obergericht aber beschränkte in dem rechtskräftig gewordenen Erkenntnisse vom 14. März 1862 den Beweis der Kläger auf die erste Alternative (a), indem es ausführte, daß, wer eine Consignation für ein fremdes Haus, dessen Associé er sei, entgegennehme, seine Verpflichtungen nicht auf die eines bloßen Vermittlers beschränken dürfe, daß dasselbe aber nicht von demjenigen Vermittler gelte, welcher nur bei Gewinn und Verlust der fraglichen Geschäfte betheiligt sei, und brachte diesemgemäß die zweite Alternative des Beweissatzes (b) in Wegfall.

Das Obergericht ist hiernach offenbar der Meinung, daß Beklagte nur in dem Falle aus der von ihnen vermittelten Consignation belangt werden können, wenn Bollenhagen unbeschränkter Theilhaber der Firma Pandel & Stiehaus ist oder war, nicht aber, wenn seine Theilhaberschaft sich bloß auf einzelne Geschäfte dieser Firma beschränkte.

Da nun Kläger hinsichtlich der zum Beweise verstellten Thatsachen nur behauptet haben, Bollenhagen sei entweder Theilhaber (Associé) der Firma Pandel & Stiehaus oder am Gewinn und Verlust derselben, namentlich bei dem zur Frage stehenden Geschäfte betheiligt, diese letztere Betheiligung aber vom Obergerichte nicht für genügend erachtet worden, um die Beklagten direct zu obligiren, so kann der Beweissatz des Obergerichts nicht wohl anders verstanden werden, als daß der in demselben gebrauchte Ausdruck „Associé" den socius im engern Sinne, den s. g. offenen Gesellschafter bezeichnen soll, daß es mithin nicht genügt, wenn dargethan wird, daß Bollenhagen zu der Firma Pandel & Stiehaus in dem Ver-

hältnisse eines Commanditisten (stillen Gesellschafters) stehe. Diese Auslegung wird auch dadurch unterstützt, daß nach gemeinem Handelsrechte ein directes Rechtsverhältniß zwischen den Gesellschaftsgläubigern und dem Commanditisten nicht eintritt, wie auch das Ober-Appellationsgericht in der Sache Winter wider Wechsler

vgl. Bremische Sammlung Bd. III. p. 351 seq

erkannt hat, wozu noch kommt, daß in Hamburg Commanditgesellschaften in der Form, wie sie das französische Recht kennt, nicht üblich sind.

Hatten aber Kläger zu beweisen, daß Bollenhagen offener Gesellschafter von Stäcker und Kniffer (in Firma Pandel & Stiehaus) sei, so ergiebt sich ohne weiteres und wird selbst von den Klägern in gegenwärtiger Instanz nicht verkannt, daß der von den Beklagten zur Gewissensvertretung benutzte Contract vom 23. Juni 1857 für diesen Beweis irgend welche Anhaltpunkte nicht darbietet, da derselbe seiner ganzen Fassung und seinem Inhalte nach nicht eine offene Gesellschaft zum Gegenstande hat. Es kann in dieser Beziehung auf die Gründe zum obergerichtlichen Erkenntnisse vom 11. Septbr. 1863 verwiesen werden, und wird das Erkenntniß des Handelsgerichts vom 9. Mai 1863, welches zu dem entgegengesetzten Resultate gelangt, nur dadurch erklärlich, daß es in Folge eines Mißverstehens der von ihm in Bezug genommenen Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts in Sachen Dehn & Melchior wider Simmonds annimmt, das Verhältniß eines Associé sei schon dann bewiesen, wenn der Sache nach die Geschäfte verschiedener Firmen gleichmäßig dieselben Personen betheiligten, aus dem § 4 des Contracts vom 23. Juni 1857 (wonach Bollenhagen ein Drittel des Gewinns der Firma Pandel & Stiehaus erhalten soll) aber sei zu folgern, daß Bollenhagen für die Geschäftsjahre, in denen Gewinn erzielt werde, socius von Stäcker und Kniffer sei, und da ein Verlust für das betreffende Geschäftsjahr nicht behauptet worden, sei er bei dem in Rede stehenden Geschäfte zu einem Drittel betheiligt.

Das Handelsgericht substituirt bei dieser seiner Deduction offensichtlich dem rechtskräftig feststehenden Beweissatze in unzulässiger Weise einen andern Satz, so daß seine ganze Erwägung sich als unzutreffend herausstellt, und haben selbst Kläger, welche die Wiederherstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses begehren, die Gründe desselben für sich nicht geltend machen wollen.

II. Ist die obige Auslegung des Beweissatzes die richtige, so folgt zugleich, daß Kläger den ihnen aufgelegten Beweis nicht geführt haben und daß ihre Beschwerde in gegenwärtiger Instanz unbegründet ist.

Aber auch für den Fall, daß der Ausdruck „Associé" in dem Beweissatze nicht ausschließlich den s. g. offenen Gesellschafter hat bezeichnen sollen, so ist doch aus der vom Obergerichte erkannten Verwerfung der zweiten Alternative des handelsgerichtlichen Beweissatzes (b), welcher einer großen Anzahl verschiedenartiger Gestaltungen des Societätsverhältnisses Raum ließ, so viel mit Sicherheit zu entnehmen, daß die übrigbleibende erste Alternative (a) möglicher Weise nur noch die Bedeutung haben kann, daß Bollenhagen als Associé des Bataviahauses entweder offener Gesellschafter oder Commanditist gewesen, daß es aber eben wegen der Verwerfung der zweiten Alternative auf eine anderweitige Betheiligung desselben bei den Geschäften des Bataviahauses nicht mehr ankommen kann.

Kläger behaupten nun, daß aus dem Contracte vom 23. Juni 1857 hervorgehe, Bollenhagen stehe zur Firma Pandel & Stiehaus in dem Verhältnisse eines Commanditisten, es sei mithin der ihnen aufgelegte Beweis, wonach die Bewahrheitung eines solchen Verhältnisses genüge, geführt.

Aber diese Behauptung ist unbegründet, wie sich aus Folgendem ergiebt.

1) Der fragliche Contract enthält seiner Fassung nach die Beurkundung einer Vereinbarung zwischen Pandel & Stiehaus und Bollenhagen über die Bevollmächtigung des letzteren zur

Vertretung der gedachten Firma bei ihren in Europa abzuschließenden Geschäften, und haben die einzelnen Bestimmungen des Contracts zum Zweck, den Umfang der dem Vollenhagen ertheilten Vollmacht, die Remuneration desselben bei dem jetzigen Personalbestande der Firma Pandel & Stiehaus und bei etwa eintretenden Veränderungen in diesem Bestande, sowie die Dauer und Aufhebung der Vollmacht näher festzustellen; daneben finden sich Bestimmungen über die Verzinsung und Rückzahlung eines dem Vollenhagen von Pandel & Stiehaus geschuldeten, dem Betrage nach nicht näher angegebenen Capitals.

2) Daß dieser Vertrag nicht eine Commanditgesellschaft zum Gegenstande hat, ergiebt sich schon daraus, daß es an einer Capitaleinlage von Seiten des Vollenhagen, mit welcher er an dem Geschäftsbetriebe von Pandel & Stiehaus theilnehmen will, gänzlich fehlt. Im Gegentheil wird in dem Vertrage (§ 4) vereinbart, daß Pandel & Stiehaus das Capital Vollenhagens, das sie zur Zeit des Contractsabschlusses demselben schuldigten, in bestimmten Raten an ihn zurückzuzahlen haben. Es wird also von Vollenhagen nicht ein Capital in den Gewerbsbetrieb eingeschossen, sondern aus demselben zurückgezogen.

3) Die Vorschrift des § 5 des Contracts, daß Städer und Kniffer, ohne daß Vollenhagen widersprechen darf, befugt sein sollen, noch einen dritten Theilhaber in die Firma Pandel & Stiehaus aufzunehmen, macht es unzulässig, den Vollenhagen als offenen Gesellschafter anzusehen, paßt aber eben so wenig zu der Stellung eines Commanditisten.

4) Es wird der Antheil des Vollenhagen am Gewinne der Firma Pandel & Stiehaus festgestellt, ohne Rücksicht auf die Höhe des Capitals des Vollenhagen, und bleibt dieser Gewinnantheil unverändert derselbe, wiewohl das fragliche Capital — wenn es als Einlagecapital überall angesehen werden könnte — alljährlich sich beträchtlich vermindert, während bei der Commanditgesellschaft gerade eine Betheiligung

des Commanditisten nach Verhältniß des Einlagecapitals vorausgesetzt wird.

5) Die Fassung des § 4 des Contracts ist der Behauptung der Beklagten, Bollenhagen sei nur agent intéressé der Firma Pandel & Stiehaus, entschieden günstig, indem es heißt: Pandel & Stiehaus vergüten an Bollenhagen & Comp. für ihre Bemühungen und Unkosten statt einer festgesetzten Provision alljährlich ein Drittel des Gewinns, ohne daß Bollenhagen am Verluste theilnimmt. Denn wer lediglich für seine Thätigkeit in einem Handelsbetriebe einen Gewinnantheil bezieht, ist, wenn nichts anderes hinzukommt, nur commis intéressé, nicht socius, und es ist bereits dargelegt worden, daß keine andere Bestimmung des Contracts auf ein Societätsverhältniß hindeutet, daß im Gegentheile die übrigen Contractsvorschriften ein solches Verhältniß ausschließen. Uebrigens braucht sich nicht, wie Kläger meinen, der Gewinnantheil des commis intéressé auf den Gewinn bei den durch ihn vermittelten Geschäften zu beschränken, sondern kann, wie hier geschehen, in einem Antheile am Gewinn des ganzen Geschäfts bestehen. Eine Commanditgesellschaft aber, bei der die Einlage des Commanditisten lediglich in seiner Thätigkeit zum Nutzen der Gesellschaft bestände, ist, wenn überhaupt möglich, so doch in der gemeinrechtlichen Praxis unbekannt.

III. Der von den Beklagten producirte Contract widerlegt, wie sich gezeigt hat, die Behauptung der Kläger, Bollenhagen sei Associé der Firma Pandel & Stiehaus und wäre hiernach, abgesehen von etwaigen sonstigen Bedenken, der Beweis der Kläger für verfehlt zu erklären.

Das Obergericht hat nun aber in Veranlassung der Behauptung der Kläger, es sei möglich, daß dieser Vertrag unter den Betheiligten zur Zeit des fraglichen Geschäfts nicht mehr unabgeändert fortbestanden habe, den Beklagten noch einen Eid dahin aufgelegt, daß der producirte Vertrag vom 23. Juni 1857 nach dem Abschlusse keine Zusätze erhalten, noch sonstige Aenderungen erlitten habe, sondern für das

Geschäftsverhältniß zwischen Vollenhagen und der Firma Pandel & Stiehaus ausschließlich maßgebend gewesen.

Dieser Eid, hinsichtlich dessen weder Kläger noch Beklagte eine Beschwerde erhoben haben, ist als Erfüllungseid anzusehen, indem offensichtlich das Obergericht die Vermuthung begründet findet, es habe der 1857 auf sieben Jahre abgeschlossene Contract im Jahre 1859, als das in Rede stehende Geschäft vorkam, noch fortbestanden, und mit Ableistung dieses Eides die Gewissensvertretung für gelungen erklärt.

Die vorliegende Eidesfassung aber ist zugleich geeignet, dem in jetziger Instanz von den Klägern vorgebrachten Zweifel an der Realität des Contracts vom 23. Juni 1857 zu begegnen. Kläger behaupten nemlich, Vollenhagen sei trotz der Fassung des Contracts nicht Agent, sondern wirklicher socius von Pandel & Stiehaus, der vorgelegte Contract stelle in trügerischer Form untergeordnete Verhältnisse in den Vordergrund, um Vollenhagen den aus dem wahren Sachverhalte entspringenden Verpflichtungen zu entziehen.

Die von den Klägern aufgestellte Behauptung, der Vertrag sei simulirt, findet allerdings eine scheinbare Unterstützung darin, daß die dem Vollenhagen ausgesetzte Provision für seine Thätigkeit und Unkosten (ein Drittel des Reingewinns des ganzen Geschäfts) als eine ungewöhnliche hoch bemessene sich darstellt. Aber es verliert dieses Bedenken wieder dadurch an Bedeutung, daß die Vollmacht des Vollenhagen einen sehr beträchtlichen Umfang hat, und nicht zu beurtheilen ist, wie hoch sich die von ihm zu bestreitenden Kosten der Geschäftsreisen und sonstigen Geschäftsunkosten belaufen.

Jeder etwa übrig bleibende Zweifel aber wird beseitigt, wenn Vollenhagen, wie ihm vom Obergericht aufgelegt worden, eidlich erhärtet, daß der producirte Contract für sein Geschäftsverhältniß zur Firma Pandel & Stiehaus ausschließlich maßgebend gewesen; denn hierin hat Vollenhagen zugleich zu beschwören, daß dieser Vertrag nicht bloß ostentationis causa abgeschlossen worden sondern in Wirklichkeit die Verhältnisse der Contrahenten habe normiren sollen.

Hiernach war die klägerische Beschwerde als unbegründet zu verwerfen und das angefochtene obergerichtliche Erkenntniß unter Verurtheilung der Kläger in die Kosten der gegenwärtigen Instanz lediglich zu bestätigen.

---

22. Frankfurt.

J. W. Pelters zu Dülken, Kläger, gegen F. Heyne zu Frankfurt, Beklagten, Forderung betreffend.

Rechtsfall. Der Handelsmann Heyne in Frankfurt erhielt auf Bestellung im November und December 1857 von dem Fabrikanten Pelters in Dülken verschiedene Seidenwaaren zum unbestrittenen Werth von 444 fl. 47 kr. Im Frühjahr 1858 gerieth H. in materielle Insolvenz, und proponirte seinen Gläubigern 25 %, zahlbar in zwei Raten à $12^1/_2$ %. Dr. F. schrieb Namens des H. auch an P., und forderte ihn zum Beitritt zu diesem Accorde auf. P. willigte indeß nicht ein, verlangte vielmehr in einem Schreiben vom 29. Mai 1858 60 %, welche H. ihm nicht zugestand.

Später im Juli 1858 soll nach der Behauptung des H. der Reisende des P. im Namen und Auftrag des letzteren seinen Beitritt zu dem Accord von 25 % erklärt haben. H. will gleichwohl gewünscht haben, daß P. diesen Beitritt formell durch eine schriftliche Erklärung bekunde, und Dr. F. schrieb zu diesem Zweck am 12. October 1858 an P.; letzterer beantwortete dies Schreiben jedoch nicht. Als auch später im Januar 1859 Dr. F. dem P. $12^1/_2$ % des geschuldeten Belaufes mit 54 fl. übersandte, behielt derselbe das Geld, wiederum ohne zu antworten.

Im Juni 1859 erhob P. Klage auf Zahlung von 444 fl. 47 kr., abzüglich der gedachten 54 fl. Der Beklagte opponirte die Einrede des Accords resp. der Pluspetition. Kläger könne nur noch die zweite Accords-Rate von (circa) 54 fl. in Anspruch nehmen. Replicando erklärte Kläger, er habe nie

mann gedacht, mit dem Beklagten ein Arrangement einzugehen, und läugnete im Uebrigen, daß er dem Accordsabschluß, sei es durch seinen Reisenden, sei es durch das von ihm selbst beobachtete Verfahren (Behalten des Geldes und Nichtbeantwortung der oben erwähnten Briefe) beigetreten sei.

Das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 24. August 1864, dessen Entscheidung und Gründen das Appellationsgericht und auf weitere Appellation des Beklagten auch das Oberappellationsgericht durch Erkenntniß vom 21. März 1865 beitrat, lautete dahin:

In Erwägung:

1) daß der Beklagte zwar zugesteht, der klagenden Handlung für empfangene Waaren den eingeklagten Betrag von 390 fl. 47 kr. schuldig geworden zu sein, dagegen

2) behauptet, daß er im Jahr 1858 sich mit seinen Gläubigern auf 25% ihrer Forderungen außergerichtlich abgefunden habe, und daß der Reisende der Klägerin im Juli 1858 in deren Namen diesem Arrangement beigetreten sei;

3) daß der klagende Theil dieser Behauptung in vollständig genügender Weise widersprochen und daher Beklagter den Beweis der von ihm vorgeschützten Einrede zu übernehmen hat;

4) daß Beklagter zwar, abgesehen von jenem ausdrücklichen Beitritt, eine stillschweigende Genehmigung des Accordvertrags Seitens der Klägerin daher entnehmen will, daß letztere den Brief des beklagtischen Anwalts, worin derselbe um schriftliche Beitrittserklärung ersucht, unbeantwortet gelassen, und sodann die ihr am 8. Januar 1859 zugesandte Accordquote ohne jeden Vorbehalt angenommen habe;

5) daß indessen Klägerin für den Fall, daß ihr Reisender nicht bereits vorher in ihrem Auftrage dem in Frage stehenden Vergleiche beigetreten sein sollte, überhaupt nicht verbunden war, dem Beklagten auf dessen Schreiben vom 12. Octbr. 1858 eine Antwort zukommen zu lassen, daher ihr Schweigen auf jenen Brief an und für sich nicht als Zustimmung zu dem Accorde aufgefaßt weden kann, und zwar um so we-

niger, als Klägerin bereits mittelst ihres Schreibens vom 29. Mai 1858 ihr Nichteingehen auf die beklagtische Vergleichsofferte von 25 % entschieden erklärt hatte;

6) daß Klägerin als Gläubigerin des Beklagten ebensowenig Veranlassung hatte, die ihr von letzterem eingesandte Abschlagszahlung von 54 fl. zurückzuweisen, oder ihre Rechte bei dem in der Mitte liegenden Briefe vom 29. Mai 1858 durch einen besonderen Vorbehalt zu wahren;

wird für Recht erkannt:

I — — —

II. Beklagter hat binnen vorzuberaumender Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun:

daß der Reisende der Klägerin im Juli 1858 in deren Namen und Auftrag dem Arrangement des Beklagten mit seinen Gläubigern auf 25 % ihrer Forderungen beigetreten sei.

---

23. Hamburg.

Charlotte Hegewisch zu Kiel, Klägerin, wider das Zehntenamt zu Hamburg, Beklagten, Schenkungsversprechen betreffend.

---

1) Rechtliche Bedeutung der formellen Urkunde über eine Vermögensdisposition.

2) Beweiskraft außergerichtlicher Geständnisse.

Rechtsfall. Im Jahre 1861 verstarb zu Eppendorf der frühere Kaufmann Ernst Leopold Dietrich Hegewisch aus Hamburg. Da seine Testamentserben sämmtlich Auswärtige waren, übernahm mit Ausschluß des ernannten Testamentsvollstreckers bestehender Vorschrift gemäß das Zehntenamt zu Hamburg die Regulirung seines Nachlasses in Vertretung der Erben. Auf das zwecks Anmeldung von Ansprüchen an den Nachlaß erkannte Proclam des Niedergerichts profitirte Charlotte Hegewisch cum curatore u. a. aus einem gerichtlich

insinuirten Schenkungsversprechen d. d. Kiel den 21. Juli 1860 über 16,000 ℳ R.-M., wovon der Erblasser bereits $^2/_3$ ausbezahlt habe, den Rest von 5333 $^1/_3$ ℳ sammt den gebührenden Zinsen. — Das beklagte Zehntenamt beanstandete die formelle Gültigkeit der Schenkung nicht, behauptete aber Namens der übrigen Erben außer dem Etatsrath Hegewisch zu Kiel, dem Vater der Klägerin, welcher ihre Ansprüche anerkannte: a) Die Schenkung sei simulirt; es sei die Absicht der Contrahenten auf ein Mandat, gegangen wornach die Klägerin ein Grundstück bei Kiel kaufen, darauf ein Haus bauen und das Grundstück mit dem Hause zur Verfügung des Erblassers halten solle. Die Form der Schenkung sei gewählt, um die Klägerin zur Erfüllung derjenigen Verbindlichkeiten in den Stand zu setzen, die sie für den Erblasser beim Erwerb des Grundstücks und beim Bau des Hauses zu übernehmen gehabt. b) Die Klägerin habe nicht bloß $^2/_3$ des fraglichen Betrages, sondern außerdem am Tage der Errichtung der Schenkungsacte 300 ℔ von dem Erblasser ausbezahlt erhalten. c) Event. werde es von einem der Erben als möglich bezeichnet, daß der Erblasser mit der Klägerin dahin übereingekommen sei, daß sie für die Summe von 16,000 ℳ das Grundstück kaufen und das Haus darauf bauen solle. Nach dieser Auffassung sei ihr allerdings der Rest auszuzahlen, das Grundstück aber der Erbmasse zu überweisen. Es wird gebeten, die Klägerin mit ihrem Ansprüche abzuweisen und zugleich reconveniendo, dieselbe zur Rechnungsablage wegen der gezahlten 20,300 ℔ Crt. und zur Herausgabe des Grundstücks mit dem Gebäude zu verurtheilen, event. die Klägerin zu verurtheilen, gegen Zahlung von 9700 ℔ Crt. das Grundstück &c. der Erbmasse zu überweisen.

Klägerin replicirt: 1860 habe ihr der Erblasser ein Haus schenken wollen, um dasselbe demnächst gemeinschaftlich mit seiner Schwester (Emilie Hegewisch) und seiner Nichte (der Klägerin) zu bewohnen. In Berücksichtigung des mit dem Hausbau verbundenen Aufschubs, der Kränklichkeit und des hohen Alters des Schenkers sei die beabsichtigte Schenkung

des Hauses in eine Schenkung der für den Ankauf und Bau des Hauses zu verwendenden Summe (16,000 ℳ R.-M.) mit Consens beider Theile umgewandelt worden. Außerdem seien der Klägerin vom Erblasser 300 ℔ geschenkt; es sei dies keine Abschlagszahlung auf die erstere Summe.

Das Niedergericht legte in seinem Erkenntnisse vom 10. März 1862 den Parteien folgende Beweise auf:

a) dem Zehntenamte, daß die fragliche Schenkung eine nur simulirte sei, welche in der Absicht vorgenommen, um der Profitentin den Ersatz der Auslagen zu sichern, die sie für ein von ihr zu erbauendes Wohnhaus, welches aber dem Erblasser gehören sollte, aufwenden werde;

b) der Klägerin: daß der Erblasser die ihr bei Vollziehung der Schenkung (Anlage 2) sofort baar gezahlten 300 ℔ Crt. noch außer der in der Anlage 2 genannten Summe geschenkt habe;

und behielt wegen der Widerklage beiden Theilen Competentien vor.

Trotz der Anfechtung durch beide Parteien wurde dieses Erkenntniß vom Obergerichte unterm 2. Mai 1862 lediglich bestätigt.

Auf die Beweisführungen der Parteien erging das Erkenntniß des Niedergerichts vom 11. Mai 1863 dahin:

a) daß der Beweis des Zehntenamts bis auf den Reinigungseid der Klägerin für verfehlt zu erklären und

b) daß auch der Beweis der Klägerin bis auf die Eidesdelation verfehlt sei.

Beklagter appellirte und reformirte das Obergericht unter Compensation der Kosten zweiter Instanz unterm 7. Septbr. 1863 dahin:

a) daß der Beweis des Beklagten bis auf einen von den Erben des Testators (mit Ausschluß des Vaters der Klägerin) zu leistenden Ergänzungseid für geführt zu erklären;

b) daß ferner das Erkenntniß des Niedergerichts in Betreff der 300 ℔ — seiner dereinstigen Wiederherstellung un-

beschadet — bis nach Erledigung des rücksichtlich der Hauptsumme angeordneten Eidesverfahrens zu suspendiren sei. Beide Theile appellirten und hat das Ober-Appellationsgericht durch Urtheil vom 25. März 1865 das niedergerichtliche Erkenntniß wiederhergestellt.

Entscheidungsgründe.

I. Insofern der Beklagte mit seiner Principalbeschwerde in gegenwärtiger Instanz eine Entscheidung nicht bloß in der Vorklagsache, sondern auch in der Widerklagsache beantragt, ist die Beschwerde formell unstatthaft, da über die Aussetzung der Entscheidung in der Widerklagsache durch die insoweit übereinstimmenden Erkenntnisse des Niedergerichts und des Obergerichts duae conformes vorliegen. Dagegen ist über das Resultat der Beweisführung des Beklagten nur eine negative Conformität der bisherigen Entscheidungen vorhanden, da das Niedergericht und das Obergericht zwar darin übereinstimmen, daß der dem Beklagten auferlegte Beweis nicht vollständig erbracht sei, hinsichtlich der Beurtheilung der Beweisführung selbst aber von einander abweichen, indem das Niedergericht zu einem Reinigungseid der Klägerin, das Obergericht zu einem Erfüllungseid der beklagten Partei gelangt. Mithin ist die Beschwerde des Beklagten, insoweit sie darauf gerichtet ist, daß der ihm obliegende Beweis vollständig geführt sei, allerdings für formell statthaft zu halten.

II. In der Sache selbst begehrt Klägerin mit ihrer ersten und dritten Beschwerde die Wiederherstellung des niedergerichtlichen Erkenntnisses in seinem ganzen Umfange.

A. Anlangend die Schenkung von 16,000 ℳ R.-M., so beweiset

1) die Urkunde vom 21. Juli 1860

[17] act. des Niedergerichts

nicht bloß (wie das Niedergerichtserkenntniß vom 10. März 1862 sich ausdrückt), daß der Form nach ein gehörig in-

sinuirtes und acceptirtes Schenkungsversprechen vorliege, sondern diese Urkunde beweiset die Schenkung selbst einschließlich des animus donandi und donationem accipiendi, und da dieselbe eine Urkunde ist, welche eine Vermögensdisposition enthält, wird dieser Beweis vollständig erbracht, so daß es unterstützender Beweismittel dafür, daß die Acte vom 21. Juli 1860 eine ernstlich gemeinte gewesen, überall nicht mehr bedarf, um so weniger, da durch die Form der gerichtlichen Erklärung des Willens der Contrahenten zugleich eine Garantie für die Ernstlichkeit ihres Willens gegeben wird.

L. 27. C. de donationibus (8. 54.)

2) Dieser in der gesetzlichen Förmlichkeit vollzogene Schenkungsact bleibt daher so lange in voller Kraft, bis der Beweis der vom Beklagten vorgeschützten Einrede der Simulation geführt worden. Beklagter aber hat nach der Fassung des rechtskräftigen Beweisinterlocuts vom 10. März 1862 zu diesem Zwecke zu beweisen:

daß die Schenkung vom 21. Juli 1860 nur in der Absicht vorgenommen sei, um der Klägerin den Ersatz der Auslagen zu sichern, die sie für ein von ihr zu erbauendes Wohnhaus, welches aber dem Schenker gehören sollte, aufwenden werde.

Es würde also nicht schon der Beweis genügen, daß es bei dem Acte vom 21. Juli 1860 an einem auf Schenkung gerichteten ernsten Willen gefehlt habe, sondern es ist vom Beklagten darzuthun, daß die beiderseitige ernstliche Absicht der Contrahenten auf eine unter der Form einer Schenkung verhüllte Deckung für die in Vollziehung eines Mandats zu machenden Auslagen gerichtet gewesen.

Der etwa mögliche Zweifel, ob die Anführung des wirklich beabsichtigten Geschäfts in dem Beweissatze nicht bloß demonstrationis causa geschehen und ob nicht jedenfalls von dem Beklagten per aequipollens auch ein anderes Geschäft als das verum negotium dargethan werden könne, kann darum gar nicht entstehen, weil Beklagter auch jetzt noch ein anderes Geschäft als das im Beweissatze genannte nicht

behauptet und eine Abänderung der Eidesformel in diesem Punkte nicht beantragt, auch sich dabei beruhigt hat, daß vom Niedergerichte der in [19] act. erster Instanz eventuell angegebene Inhalt des fraglichen Geschäfts, wonach der Erblasser Hegewisch mit der Klägerin dahin übereingekommen sei, für die Summe von 16,000 ℘ R.-M. ein Grundstück zu kaufen und ein Haus darauf zu erbauen, unberücksichtigt gelassen worden. Auf diese Eventualität kann aber im gegenwärtigen Processe auch deshalb nicht weiter Rücksicht genommen werden, weil aus derselben eine Weigerung gegen die Zahlung der von der Klägerin geforderten 10,000 ℘ nicht entnommen werden kann.

3) Beklagter hat den nach dem Obigen ihm obliegenden Beweis zu führen gesucht:

a) durch drei von der Klägerin ausgegangene Briefe:

α) d. d. Kiel den 1. Septbr. 1860 an Maria von Colditz;

β) d. d. Kiel den 1. Septbr. 1860 an den Amtsverwalter Ernst von Colditz —

beide Briefe sind quoad passus concernentes nahezu gleichlautend — und

γ) d. d. Klein Elmenlohe den 8. Septbr. 1860 an Hermann und Maria Dahlmann.

vgl. [20] [28] und [23] act des Niedergerichts.

Erstere beide Adressaten sind Kinder einer an den von Colditz verheiratheten Schwester des Erblassers, Hermann Dahlmann ist ein Sohn einer anderen an den weil. Hofrath Dahlmann verheirathet gewesenen Schwester desselben. Ferner

b) durch die Zeuginnen Minna Friederici und Auguste Scholtz.

vgl. [77], [78] und [93] ibidem.

4) In den erwähnten Briefen äußert sich die Klägerin dahin: „die Schenkungsacte sei nur eine zu ihrer Sicherstellung gewählte Form. Onkel Ernst (der Erblasser) habe es durchaus gewollt, daß sie als Bauherr aufträte; nun ärgere es sie, wenn sie überall als „Herr des Hauses" bezeichnet werde, während sie doch nur die Mühe und das Geschäft

habe; sie ersehne den Augenblick, wo sie die Schenkungsacte mit allen Verantwortlichkeiten wieder abgeben könne."

Es ist nicht zu leugnen, daß der Inhalt der Briefe im wesentlichen mit dem Beweissatze übereinstimmt; aber desungeachtet konnte bei Erwägung der sonstigen zu den Acten vorliegenden Umstände denselben ein dem Beklagten günstiges Ergebniß nicht entnommen werden. Denn

a) die Briefe enthalten offenbar keine Vermögensdisposition, insbesondere keinen Verzicht der Klägerin. War wirklich eine Schenkung erfolgt, so blieb dieselbe trotz der Briefe der Klägerin bei vollem Rechtsbestande. Eine Vermögensdisposition konnte sie übrigens ohne Zuziehung ihres Curators, der den Inhalt der Briefe nicht genehmigt hat, gar nicht mit Rechtserfolg vornehmen.

b) Die Briefe sind vielmehr als außergerichtliche Geständnisse der Klägerin anzusehen. Jedoch gehören sie nicht zu der Classe von außergerichtlichen Geständnissen, deren Zweck ist, dem andern Theile ein Beweismittel für das betreffende Rechtsverhältniß in die Hände zu geben, wie z. B. Schuldbekenntnisse u. dgl. Derartige Bekenntnisse liefern sofort auch den Beweis des animus confitendi bis zum Beweise des Gegentheils und nur von solchen Bekenntnissen redet l. 13. C. de non numerata pecunia (4, 30.), welche Gesetzesstelle das Obergericht hiernach in unpassender Weise auf die klägerischen Briefe angemeldet hat. Die Briefe der Klägerin aber sind allerdings insofern außergerichtliche Geständnisse, als sie sich über eine für die Rechtsverhältnisse der Klägerin erhebliche und ihr nachtheilige Thatsache aussprechen, nemlich über die rein thatsächliche Frage, welches die Absicht der Contrahenten bei Errichtung der Schenkungsacte vom 21. Juli 1860 gewesen, und diese Frage in einem der Briefstellerin nachtheiligen Sinne beantworten. Ob bei derartigen nicht zum Zweck der Constituirung eines Beweismittels und auch nicht an den betheiligten Contrahenten, sondern an dritte Personen gemachten nachtheiligen Aeußerungen der Urheber derselben den animus confitendi gehabt, ob der Erklärende

die Wahrheit habe sagen wollen oder nicht, ist eine reine quaestio facti, hinsichtlich deren weder eine Präsumtion für noch gegen besteht, welche daher lediglich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu beantworten ist.

c) Nun ist allerdings soviel gewiß, daß die Form eines Briefes für außergerichtliche Geständnisse heutzutage wohl die allerhäufigste ist,

vgl. auch L 26. § 2. D. depositi (16, 3.)

daß also die für die Mittheilung gewählte Form irgend ein Bedenken nicht zuläßt. Eben so wenig kann, da es sich nicht um einen Verpflichtungsact handelt, die mangelnde Zustimmung des Curators die Wirksamkeit des Geständnisses beeinträchtigen. Auch könnte man dafür, daß die Klägerin eine der Wahrheit entsprechende Mittheilung machen wollte, anführen, daß sie die Briefe nicht an Personen richtete, welche den Verhältnissen völlig fremd, sondern an Verwandte, welche bei diesen Mittheilungen als präsumtive Erbinteressenten in Bezug auf den Nachlaß des Schenkers in hohem Grade betheiligt waren, wobei es jedenfalls nicht in Betracht kommen kann, daß sie nicht sämmtliche Interessenten, sondern nur einzelne derselben benachrichtigte.

Vgl. Wetzell's Civilproceß 2. Aufl. S. 176.

Indessen ist es der Klägerin gelungen, glaubhaft zu machen, daß sie bei diesen Mittheilungen absichtlich die Unwahrheit sagte.

α) Gegen die Wahrhaftigkeit der ganzen Erklärung der Klägerin in ihren Briefen spricht zunächst schon der materielle Inhalt dessen, was sie als die wahre Absicht der Contrahenten bei dem Acte vom 21. Juli 1860 angiebt. Hiernach wäre die schwerfällige Form einer großen Schenkung gewählt worden, um ein ganz formloses Geschäft darunter zu verstecken, während es umgekehrt wohl vorzukommen pflegt, daß eine förmliche Schenkung durch ein formloses oneroses Geschäft verdeckt wird. Man muß nach den Briefen der Klägerin dem Erblasser, welcher nach der eigenen Darstellung des Beklagten ein geschäftserfahrener Mann war, der sich

durch Umsicht und Thätigkeit ein beträchtliches Vermögen erworben hat, zumuthen, daß er darauf eingegangen sei, in den umständlichen Formen eines rechtlichen Einschränkungen mannichfacher Art unterworfenen Geschäfts einen einfachen Mandatscontract abzuschließen, also auf einem ihn selbst und seine Erben gefährdenden Umwege das zu erreichen, was er auf die einfachste Weise durch Vorauszahlung der erforderlichen Summen oder Zusicherung der Zahlung erlangen konnte. Durch die gewählte Form der Schenkung aber kam weiter die Sache in die Lage, daß, da das simulirte Geschäft nicht gilt, weil es nicht beabsichtigt war, das wirklich gewollte Geschäft (das Mandat) nicht in die Klägerin verbindender Weise zu Stande kam, weil ihr Curator bloß zu einer Schenkung, nicht zu einem Mandate seine Zustimmung ertheilte. Und ferner der angegebene Zweck des Geschäfts, die Sicherung der Klägerin für die Auslagen bei einem zu 16,000 ℱ veranschlagten Hausbau, würde durch die gewählte Form der Schenkung in viel ungenügenderer Weise erreicht worden sein, als durch ein einfaches Mandat, da es eine bekannte Erfahrung ist, daß solche Bauausführungen in der Regel den Voranschlag beträchtlich übersteigen, die Klägerin aber für den über 16,000 ℱ zu machenden Aufwand durch die Schenkung keine Sicherheit erlangte.

Denselben Zweifel an der Wahrheit der klägerischen Mittheilungen sprach der Amtsverwalter von Colditz schon in seinem Antwortschreiben an die Klägerin vom 9. Septbr. 1860 auf deren Brief vom 1. ejusd. aus,

vgl. [40.] act. des Niedergerichts,

indem er sich dahin äußerte: „das Geschäft, wie er es nach der Beschreibung der Klägerin verstehe, sei ein Unding, ihm sei, wiewohl er mit derartigen Verhältnissen täglich zu thun habe, das jetzt eingegangene Verhältniß nicht klar geworden.“

Der einzig einigermaßen plausibele Grund für die ganze Procedur wäre denkbarer Weise, wie auch der Amtsverwalter von Colditz in seinem Briefe andeutet, die Benutzung der academischen Stempelfreiheit der Klägerin zur Erwerbung

des Hauses. Aber in der That nützte diese Stempelfreiheit dem Erblasser, wenn er selbst schließlich das Haus eigenthümlich erwerben wollte, nichts, und würde dabei außerdem in unzulässiger Weise vorausgesetzt werden müssen, daß der Erblasser auf eine durch die fragliche Simulation herbeizuführende Beeinträchtigung der Steuercasse ausgegangen sei.

β) Wenn es wirklich aus irgend welchem Grunde die Absicht der Contrahenten war, ein bloßes Mandat unter der Form einer Schenkung zu verbergen, so konnte doch der Umstand, daß diese Absicht vollkommen erreicht war, daß jedermann an eine Schenkung glaubte und von derselben sprach, unmöglich einen Grund für die Klägerin abgeben, das erreichte Ziel dadurch wieder zu vernichten, daß sie darüber Aufklärung gab, es liege in Wahrheit gar keine Schenkung, sondern eben jenes Rechtsgeschäft, das durch die Schenkung verdeckt werden sollte, vor.

γ) Auf der andern Seite aber, wenn nicht ein Mandat, sondern in Wirklichkeit eine Schenkung beabsichtigt war, ist es ganz erklärlich, daß die Klägerin beflissen war, in ihren Briefen an die bei der Erbschaft des Schenkers interessirten Verwandten die wirklich erfolgte Schenkung zu verleugnen. Das in Fällen wie der vorliegende in der Regel wirkende Motiv, welches zur Verheimlichung derartiger Rechtsgeschäfte, die den einen Verwandten vor dem andern erheblich bevorzugen, führen wird, ist die Besorgniß vor dem Neide der übrigen Verwandten, welche sich für benachtheiligt halten werden. Es ist daher eine bekannte Erfahrung, daß die so Begünstigten, wenn sie sich über die fraglichen Verhältnisse äußern, nicht immer die volle Wahrheit aufdecken werden. Schon diese durch die Erfahrung des täglichen Lebens gegebene Betrachtung würde hinreichen zu erklären, wie die Klägerin dazu gekommen, ihren Verwandten in Bezug auf die ihr zu Theil gewordene bedeutende Schenkung unrichtige Angaben zu machen. Der Klägerin, welche nach dem Zeugnisse des Grafen Reventlow anfangs mit Rücksicht auf ihre Verwandten Bedenken hatte, die Schenkung des Onkels an-

zunehmen, lag offenbar daran, die Schenkung, nachdem sie geschehen war, zu verheimlichen. Die Tante Emilie Hegewisch aber hatte über die Schenkung Mittheilungen an verschiedene Familienglieder gemacht. Die Wirkung dieser Mittheilungen wollte die Klägerin beseitigen. Darum schrieb sie unterm 1. Septbr. 1860 an Maria von Colditz und an demselben Tage gleichlautend an den Amtsverwalter von Colditz (auch diese gleichlautende Fassung der Briefe spricht für das Tendenziöse beim Absenden derselben): „von Onkel Ernst's Hausbau habt Ihr durch Tante Mimi wohl etwas unklare Begriffe" und läßt nun die Auseinandersetzung über die fingirte Schenkung folgen. Diesen Briefen fügte sie schon am 8. Septbr. 1860 den dritten an Hermann Dahlmann von wesentlich gleichem Inhalte hinzu, um das öffentliche Gerede, daß sie von Onkel Ernst ein Haus geschenkt erhalten habe, zu beseitigen. Also weil die Schenkung bekannt geworden, machte sie die Mittheilung an die Verwandten, nicht, wie der Beklagte behauptet, hat sie dieselben erst von der Existenz der Schenkung benachrichtigt. Daß eine Schenkungsacte wirklich vollzogen worden, konnte sie nicht mehr in Abrede stellen, es blieb ihr daher nur der von ihr eingeschlagene Weg übrig, die Schenkung selbst für eine leere Form zu erklären.

Hiernach fehlt es der Handlungsweise der Klägerin durchaus nicht an einem erklärenden Motiv. Die Briefe selbst deuten dasselbe an, und ist es unnöthig zu untersuchen, ob sie wirklich, als sie die Briefe schrieb, die Absicht hatte, die Schenkung wieder aufzugeben. Zu bemerken ist aber, daß die Acten allerdings eine Nachweisung enthalten, daß das Verhältniß eines Theils der Familie von Colditz zu dem Erblasser kein besonders freundliches war,

vgl. [42] act. des Nieberger.

und daß dadurch die Behauptung der Klägerin einigermaßen unterstützt wird, es habe sie insbesondere die Besorgniß vor der von Colditz'schen Familie und den seitens derselben auch in Bezug auf den Erblasser zu erwartenden unangenehmen Scenen zu den Mittheilungen bewogen.

Auch der Erblasser selbst hat es nach den Aussagen der vom Beklagten producirten Zeuginnen Friederici und Scholtz seinen eigenen Hausgenossen gegenüber absichtlich vermieden, über den mit der Schenkung zusammenhängenden Hausbau in Kiel zu sprechen, was, wenn eine Schenkung vorlag, ganz erklärlich ist, da der Erblasser die engen Beziehungen der Zeuginnen zu der von Colditz'schen Familie kannte, wozu aber, wenn es sich nur um ein für den Erblasser zu erbauendes Haus handelte, kein rechter Grund sich auffinden läßt.

δ) Eine wesentliche Unterstützung dafür, daß die Klägerin in ihren Briefen nicht die Wahrheit hat sagen wollen, bieten weiter die Aussagen des Gegenbeweiszeugen Reventlow, dessen Glaubwürdigkeit Beklagter selbst nicht beanstandet, der aber, da er noch zu Anfang des gegenwärtigen Processes der Klägerin als curator sexus zur Seite stand, aus diesem formellen Grunde allerdings für einen classischen Zeugen nicht gehalten werden darf. Reventlow bezeugt, daß ihm vor der Schenkung nicht bloß von der Klägerin, sondern vorher schon und zuerst von dem Vater derselben, dem Etatsrath Hegewisch, einem Bruder des Schenkers, mitgetheilt worden, der Ernst Hegewisch wolle der Klägerin ein Haus schenken, er wolle zu diesem Behuf einen Platz kaufen und ein Haus auf selbigem aufführen lassen, welches sodann auf den Namen der Klägerin geschrieben werden solle. Zeuge habe dazu gerathen, die Schenkung des Hauses in die Schenkung einer Geldsumme zu verwandeln, da bei der Größe der Schenkung eine gerichtliche Insinuation erforderlich gewesen, und diese, wenn bei der Schenkung des Hauses stehen geblieben wäre, bis zum Abschluß des Kaufs des Bauplatzes und bis zur Ausführung des Baues würde haben hinstehen müssen, während bei dem Alter und der Kränklichkeit des Schenkers möglichste Beschleunigung zu wünschen gewesen wäre. Zeuge sei von dem Etatsrath Hegewisch und der Klägerin um seinen juristischen Rath ersucht worden, wie die Schenkung am besten und sichersten zu bewerkstelligen sei.

Vgl. [84] act. des Niedergerichts.

Es ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß auch der Etatsrath Hegewisch, bei dem sich der Schenker zur Zeit der Schenkung aufhielt und der ohne Zweifel die Sache mit seinem Bruder besprochen haben wird, auf das Project eingegangen sei, eine Schenkung zu simuliren, um ein Mandat zu verdecken, oder gar denselben der Uebereinstimmung mit einem auf die widerrechtliche Aneignung eines bedeutenden Vermögenswerthes gerichteten Plane der Klägerin verdächtig zu halten.

Will man nemlich das Benehmen der Klägerin, wie es von Reventlow und in Uebereinstimmung mit diesem auch vom Gegenbeweiszeugen Karsten bezeugt wird,

vgl [70] act. des Niedergerichts

mit der Thatsache in Uebereinstimmung bringen, daß zwischen ihr und dem Erblasser in Wahrheit gar keine Schenkung sondern nur ein Mandat verabredet gewesen, so wäre dies nur durch Unterstellung einer von ihr schlau berechneten auch gegen den Erblasser angelegten Intrigue möglich. Sie müßte gleich von vorne herein den Hintergedanken gehabt haben, die Form der Schenkung dazu zu mißbrauchen, um die 16,000 ℱ, welche sie für den Erblasser verwenden sollte, sich selbst anzueignen. Diese Unterstellung ist an sich schon sehr unwahrscheinlich, und wird vollends dadurch widerlegt, daß die Klägerin, wenn sie es auf eine Uebervortheilung ihrer Verwandten abgesehen hatte, schwerlich durch die brieflichen Mittheilungen denselben das Mittel in die Hand gegeben hätte, solchen Absichten entgegen zu treten.

ε) Für die Realität der Schenkung spricht endlich auch die durch die Aussagen der Zeuginnen Friederici und Scholtz erwiesene Vorliebe des Erblassers für die Klägerin, die er schon in seinen letztwilligen Dispositionen durch die Zuwendung eines Legats besonders berücksichtigte. Er konnte durch diese Vorliebe wohl veranlaßt werden, der Klägerin die zur Erbauung eines Hauses erforderliche Geldsumme zu schenken, da er selbst seine letzten Lebensjahre in diesem Hause zuzubringen beabsichtigte und bei seinem großen Vermögen die übrigen Erben, wie Beklagter selbst im gegenwärtigen Processe

anerkennt, durch die fragliche Schenkung nicht in besonderem Grade beeinträchtigt wurden.

5) Wenn sich aus dem Obigen ergiebt, daß bei den besonderen Umständen des gegenwärtigen Falles die Annahme, Klägerin habe bei den Mittheilungen in ihren Briefen die Wahrheit gesagt, im höchsten Grade zweifelhaft wird, so wird auch durch die Aussagen der außerdem noch vom Beklagten für die Beweisführung benutzten Zeuginnen Friederici und Scholtz irgend etwas Wesentliches für den Beweissatz nicht beigebracht.

Die Zeugin Friederici erwähnt eines Gesprächs mit der Klägerin, wonach sie das Haus in Kiel als das ihres Onkels bezeichnet, und die Zeugin Scholtz folgender Aeußerung derselben: „ich baue für Onkel ein Haus, Onkel läßt sein Haus durch mich bauen." Diese Aeußerungen der Klägerin lassen sich ungezwungen erklären als Bezeichnung dessen, was nach ihrer eigenen Anführung wirklich beabsichtigt wurde, nemlich daß das von der Klägerin erbaute Haus zur Wohnung für den Onkel bestimmt war, wie denn auch nach der Zeugin Friederici die Klägerin hinzugefügt hat, der Onkel wolle mit seiner Schwester Mimi in dem Hause wohnen. Diese Erklärung der Aussage der Zeugin wird auch dadurch bestätigt, daß sie erzählt, der Etatsrath Hegewisch habe das fragliche Haus in einem Satze als das neue Haus der Tante Mimi oder des Onkels bezeichnet, was sehr wohl paßt, wenn damit ausgedrückt werden sollte, daß das Haus für die Tante und den Onkel zur Wohnung bestimmt sei und in dem Munde des Etatsraths Hegewisch, der nach Reventlow's Zeugniß von der beabsichtigten Schenkung des Hauses an seine Tochter, die Klägerin, unterrichtet war und die Ueberzeugung von der Realität der Schenkung auch im gegenwärtigen Processe festgehalten hat, nur diesen Sinn haben kann.

Außerdem wird von der Scholtz die bestimmte Aeußerung des Erblassers bezeugt: „er siedele nach Kiel über, damit seine Schwester Emilie nach seinem Tode ein eigenes Haus habe; das Haus solle nach seinem Tode seiner Schwester gehören."

Die Aussagen dieser Zeuginnen, von denen die eine wegen ihrer verwandtschaftlichen, die andere wegen ihrer freundschaftlichen Beziehungen den betheiligten Erben günstiger gesinnt ist, ergeben nur ganz unbestimmte, das Kieler Haus betreffende Aeußerungen der Klägerin, des Etatsraths Hegewisch und des Ernst Hegewisch, und die einzige sehr bestimmte Deposition der Zeugin Scholtz über eine Aeußerung des letzteren widerspricht dem Beweisthema gradezu. Die nach den Zeugenaussagen angeblich von der Klägerin gemachten Aeußerungen, wenn sie selbst denselben Sinn haben sollten, wie ihre brieflichen Mittheilungen, erklären sich ganz einfach dadurch, daß dieselben Gründe, welche die Klägerin veranlaßten, den Erben gegenüber die Schenkung zu verleugnen, sie zu einem gleichen Verhalten gegen die mit den Erben verwandten resp. befreundeten Zeuginnen veranlassen mußten.

Hiernach ist aus den Zeugenaussagen für die Beweisführung des Beklagten nichts zu entnehmen. Ebensowenig

6) sind die sonstigen Erwägungen des Obergerichts, welche dasselbe zu Gunsten des Beklagten geltend macht, für erheblich oder nur für zutreffend zu erachten.

a) Das Obergericht hält die Form der Schenkung einer Geldsumme für ungeeignet, wenn es die Absicht gewesen, der Klägerin ein Haus zu schenken, welches dem Schenker und seiner Schwester lebenslänglich zur Wohnung dienen sollte; dieses wäre am einfachsten durch einen Codicill zu erreichen gewesen. Das Letztere ist gewiß unrichtig, da bei der Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen die Klägerin durch das Vermächtniß eines Hauses eine Sicherheit in Bezug auf den Erwerb desselben nicht erreicht hätte. Das Obergericht aber läßt bei dieser ganzen Erwägung unbeachtet, daß Klägerin nach ihrer von Anfang an aufgestellten Behauptung es als die Absicht bei dem ganzen Geschäfte hinstellt, daß sie schon bei ihren Lebzeiten einen Nutzen aus der Zuwendung des Hauses durch Mitbewohnen desselben haben sollte, und ferner, daß die Motive, welche die Umwandlung der Schenkung jenes

Hauses in die Schenkung einer Geldsumme herbeigeführt haben, dargelegt sind.

b) Sollte aber die Klägerin durch Schenkung einer Geldsumme gesichert werden gegen die Gefahr, welche aus dem mit der anfangs beabsichtigten Schenkung eines erst zu erbauenden Hauses verbundenen Aufschub für die zu Beschenkende entstehen konnte, so war die Erwähnung der Ungewißheit der Dauer des menschlichen Lebens nicht zu vermeiden. Daß der Schenker auf die Umwandlung des Geschäfts einging, läßt gerade seine Absicht erkennen, die Klägerin durch eine Vermögenszuwendung in jedem Falle zu begünstigen. Es ist aber überall keine Andeutung in den Acten enthalten, daß die **Klägerin** es gewesen, die den Schenker auf seinen bevorstehenden Tod hingewiesen hätte. Daß übrigens der Schenker keine Scheu davor hatte, von seinem Tode zu sprechen, beweisen seine eigenen Aeußerungen in dem Briefe [42] act des Niedergerichts.

c) Aus der Bestimmung im Nachtrage zum Testament des Erblassers vom 14. März 1859, daß keiner seiner Verwandten bevorzugt sein solle, ist hinsichtlich der damals noch gar nicht intendirten, über 16 Monate später vorgenommenen Schenkung unter Lebenden nichts zu entnehmen, wie Klägerin mit Grund ausgeführt hat.

d) Wenn aber das Obergericht selbst die Vorliebe des Erblassers für die Klägerin ihr zum Nachtheil auslegen will, da wegen derselben der Erblasser sich ihr vertrauensvoll in die Hände gegeben habe und auf ihren Rath auf die Form einer Schenkung eingegangen sei, so wird bei solchen Annahmen, die durch die Verhandlungen in keiner Weise unterstützt werden, denselben vielmehr gradezu widersprechen, der Klägerin gegenüber entschieden zu weit gegangen.

e) Nur ein sehr untergeordnetes Moment wäre in jedem Falle der Umstand, daß die Klägerin ihre Correspondenz mit dem Erblasser nicht aufbewahrt hat, da in dieser Beziehung dieselbe Sorgfalt, die von einem Geschäftsmanne gefordert werden darf, bei einem Frauenzimmer nicht vorauszusetzen

ist. Nachdem aber die Klägerin geschworen hat: sie habe keine auf die Schenkung oder den Hausbau bezüglichen Correspondenztheile in der Absicht vernichtet oder aus ihrem Besitze weggegeben, um sie der Kenntniß der betheiligten Erben zu entziehen,

vgl. [80] act. des Niedergerichts,

darf der Mangel des Besitzes solcher Correspondenzstücke überall nicht mehr als Indicium gegen die Klägerin benutzt werden.

7) Das Gesammtergebniß ist nach dem Ausgeführten, daß der dem Beklagten obliegende Beweis nicht einmal für halb erbracht zu erachten ist. Es war deshalb die Klägerin zum Reinigungseide zuzulassen und in diesem Punkte das Erkenntniß des Niedergerichts vom 11. Mai 1863 wieder herzustellen.

B. Auch rücksichtlich der Schenkung von 300 ℔ Court., welche Klägerin außer der großen Schenkung von 16,000 ℔ R.-M. vom Erblasser erhalten haben will, war, da die Aussetzung der Entscheidung über die Beweisführung der Klägerin in keiner Weise zweckmäßig erscheint, Entscheidung zu erlassen, und war auch in diesem Punkte unter Verwerfung der reviviscirenden zweiten Beschwerde des Beklagten in voriger Instanz auf Wiederherstellung des niedergerichtlichen Urtheils zu erkennen.

1) Die von der Klägerin producirten Zeugen haben zwar nichts von dem bestätigt, was die Klägerin hinsichtlich der Schenkung der 300 ℔ behauptet hat; aber daraus folgt nicht, wie Beklagter meint, daß das Gegentheil erwiesen sei. Denn, da die Parteien darüber einig sind, daß am Tage der Insinuation der großen Schenkung 300 ℔ vom Schenker an die Klägerin gezahlt worden, die Zeugen aber nicht wahrgenommen haben, daß die Klägerin die 300 ℔ empfing, so ergiebt sich mit Sicherheit, daß dieselben bei dem Acte der Zahlung entweder nicht gegenwärtig waren oder nicht auf denselben geachtet haben. Somit kann daraus, daß die Zeugen die behauptete Schenkung der 300 ℔ nicht bestätigen,

nicht gefolgert werden, daß dieselbe nicht vorgekommen sei. Die Klägerin wird also, wie das Niedergericht erkannt hat, auf die eventuelle Eideszuschiebung recurriren müssen.

2) Diesen Eid aber haben die durch das Zehntenamt vertretenen Erben zu leisten, mit Ausnahme des an dem Processe nicht theilnehmenden Etatsraths Hegewisch, und begehrt der Beklagte mit Unrecht, daß die Ableistung des Eides durch den Vollstrecker des Hegewisch'schen Testaments geschehen müsse. Das Niedergericht zu Hamburg ist in Bezug auf die hier zur Frage stehende Erbschaft forum hereditatis. Die Befugniß zur Vertretung einer Erbschaft ist aber ausschließlich nach den in foro hereditatis geltenden Rechtsnormen zu beurtheilen, ohne daß selbst der Wille des Erblassers deren Anwendlichkeit zu beseitigen vermag. In Befolgung dieses richtigen Grundsatzes und in Gemäßheit des Art. 2 sub Nr. 3 der revidirten Zehenpfennigsordnung von 1771 ist in diesem Processe bisher verfahren. Das Zehntenamt hat die Vertretung der Erbschaftsmasse übernommen und ist dazu ausschließlich befugt. Denn nach dem Art. 2 sub 3 cit. geschieht in dem hier vorliegenden Falle — wenn die Erbschaft bloß an Fremde fällt — die Constituirung der Masse lediglich von dem Zehntenamte mit Ausschluß selbst „einer gegenseitigen Verordnung des Erblassers." Das Zehntenamt selbst als Beklagter räumt ein, daß es, da es nur die Erbmasse vertrete, nicht zum Eide zugelassen werden könne; seine Behauptung aber, daß es den Testamentsexecutor, nicht die Erben vertrete, ist angesichts der klaren Bestimmung der Zehenpfennigsordnung, welche, so lange die Thätigkeit des Zehntenamts dauert, jeden andern Vertreter der Erben ausschließt, völlig grundlos.

III. Sachgemäß wird die Klägerin mit der Ableistung des ihr in Betreff der Schenkung von 16,000 ℳ R.-M. aufgelegten Reinigungseides voranzugehen haben, da, wenn sie diesen Eid nicht ausschwören sollte, es rücksichtlich der Vorklagsache des Eides der Erben in Betreff der Schenkung der 300 ℔ Court. nicht mehr bedürfen würde.

IV. War hiernach der ersten und dritten Beschwerde der Klägerin zu entsprechen, so erledigt sich zugleich die zweite eventuelle Beschwerde derselben, welche sich auf die Fassung des vom Obergerichte angeordneten, nunmehr für unstatthaft erkannten Erfüllungseides der Erben bezieht. Auch sind durch das Obige die Beschwerden des Beklagten in jetziger Instanz beseitigt.

V. Die Kosten erster Instanz bleiben ausgesetzt, die Kosten zweiter Instanz sind wegen des Wechsels der Entscheidungen zu compensiren, desgleichen die Hälfte der Kosten gegenwärtiger Instanz, während in die andere Hälfte der letzteren Kosten der Beklagte, dessen Appellation unbegründet befunden worden, zu verurtheilen war.

---

24. Frankfurt.

Jacob Daltroff zu Frankfurt, Kläger, wider **Franz Fabricius** daselbst, Beklagten, Forderung betreffend.

Rechtsfall: Die Parteien hatten bei Auflösung eines zwischen ihnen früher bestandenen Societäts-Geschäfts eine schriftliche Uebereinkunft getroffen, welche, da der Beklagte mehreren Stipulationen derselben nicht nachgekommen war, zur Klage führte. Unter den verschiedenen vom Kläger gestellten Anträgen interessirt für die dritte Instanz nur noch der von ihm erhobene Anspruch auf Schadensersatz wegen Unterlassung übereinkunftsmäßiger Lieferung von Abschriften der Handelsbücher, so wie wegen mißbräuchlicher Benutzung des Geschäftsnamens „Office français“.

Der erstere Anspruch ward in allen drei Instanzen gleichmäßig anerkannt; in Beziehung auf die Benutzung des Geschäftsnamens hielt das Stadtgericht die klägerischen Ansprüche für nicht genügend substantiirt; das Appellationsgericht erachtete jedoch auch diesen Theil der Klage für hin-

länglich begründet, um auf Beweis des Schadens erkennen zu können, und das Ober-Appellationsgericht trat dieser letzteren Auffassung bei.

---

1) Stadtgerichts-Erkenntniß
vom 29. April 1864.

1) — — — —

2) Die verlangten Abschriften der früheren Geschäftsbücher verweigert Beklagter nicht, behauptet vielmehr, dieselben seien bis auf die Copiebücher bereits gefertigt und ständen gegen Zahlung der halben Abschriftsgebühr zu Diensten. Da indessen Beklagter zugestandenermaßen einen noch größeren Betrag als die fragliche Abschriftsgebühr für Rechnung des Klägers vereinnahmt hatte, so konnte er auch nicht befugt erscheinen, die Herausgabe dieser Abschriften von Zahlung dieser Abschriftgebühr abhängig zu machen, um so mehr, als Kläger ihn auf die von ihm vereinnahmten Beträge verwiesen hatte. Mit dem bloßen Anerbieten der Lieferung vermochte aber Beklagter den Kläger um so weniger klaglos zu stellen, als er, nach Inhalt des § 1 der Uebereinkunft [2] act., bis zu einem bestimmten Zeitpunkte zu erfüllen und zwar dem Kläger auszuliefern, also ins Haus zu übersenden hatte, auch nach seinem Anerbieten (13. August 1863) noch einen Zeitraum von vielen Monaten verstreichen ließ, bis er thatsächlich seiner Verpflichtung nachkam. Es bleibt daher noch zu untersuchen, inwiefern der Schadensanspruch von 20 fl. per Tag für die Zeit von der Klagbehändigung bis zu geschehener Lieferung zulässig erscheint. Dies dürfte aber unzweifelhaft sein. Einerseits nänlich kann Beklagter nicht bestreiten, daß er sich verbindlich gemacht, dem Kläger eine Abschrift der Bücher zu liefern, und zwar bis zum 1. April 1862, also fast ein Jahr vor Anstellung der Klage; andererseits aber ist es schon an sich klar, daß, wenn ein von zwei Personen gemeinschaftlich geführtes Geschäft getheilt und namentlich auch in Betreff der Kundschaft getheilt wird, jeder ein-

zelne ein Interesse daran haben wird, im Besitze der Bücher und Correspondenzen, der Conto-Corrente u. s. w., an welche seine dermalige Geschäftsführung sich anknüpft, zu sein und zu bleiben. Dies Interesse ist einleuchtend und hinlänglich substantiirt. Was Beklagter dagegen geltend macht, ist theils irrelevant, wie, daß Kläger jederzeit bei ihm, Beklagten, Einsicht der Bücher habe nehmen können, daß er dies nie gethan, nie früher die Bücher resp. Abschriften verlangt habe; theils enthält es Momente, mit denen er nachweisen will, daß der Kläger keinen Schaden gehabt, und kommt daher nicht hier in Betracht, sondern mag von ihm, wenn er es dazu geeignet erachtet, bei dem Gegenbeweise benutzt werden, da bei dem Widerspruche des Beklagten Kläger zu erweisen hat, daß und welcher Schaden ihm aus der Nichtlieferung der Abschriften erwachsen ist.

Was insbesondere die Abschriften der Copiebücher betrifft, so behauptet Beklagter, daß Kläger auf dieselben verzichtet habe, was Letzterer läugnet, und demnach von Ersterem zu erweisen steht. Auf den Vorschlag des Beklagten, diese Abschrift unter gewissen Bedingungen zu liefern, ist Kläger nicht eingegangen, derselbe kommt also hier nicht weiter in Betracht. Selbstverständlich würden jedoch auch die Abschriften der Copiebücher immer nur gegen Bezahlung der halben Abschriftgebühr an den Kläger zu verabfolgen sein.

3) — — —

4) Beklagter räumt ein, daß nach der mit Kläger getroffenen Vereinbarung er nicht mehr befugt gewesen sei, sich des Titels „office français" zu bedienen, muß aber zugeben, daß allerdings noch eine Anzahl Pläne mit jener Titulatur versehen an die betreffenden Kunden versendet worden sei, behauptet jedoch, daß dies ohne sein Verschulden, lediglich durch Versehen seines Mandatars in Brüssel geschehen sei und daß er, sobald er durch die Klage von diesem Versehen Kenntniß erhalten, dessen Abstellung bewirkt habe. Ist nun auch nicht zu ersehen, welches Recht der Kläger selbst auf den Titel „gérant de l'office français" habe, so ist es doch ein-

leuchtend, daß Beklagter sich desselben nicht mehr bedienen durfte, nachdem er mit dem Kläger übereingekommen war, sich desselben nicht zu bedienen, da aus dieser Uebereinkunft sich schon von selbst ergiebt, daß in geschäftlicher Beziehung dieser Titel nicht ohne Bedeutung sei. Wenn nun Kläger behauptet, daß ihm durch dieses vertragswidrige Verfahren des Beklagten ein Schaden erwachsen sei, da viele Kunden gerade diesem Titel folgten, so würde der Beklagte allerdings schadensersatzpflichtig erscheinen und es hierbei ganz gleichgültig bleiben, ob die Fortsetzung dieses Titels nur auf einem Versehen beruhte, ob der Fehler lediglich an dem Mandatar des Beklagten gelegen, ob dieser von solchem Versehen Kenntniß gehabt, oder ob alles dieses nicht der Fall gewesen, da es ganz unzweifelhaft ist, daß der Beklagte für alle Versehen seines Mandatars haftet.

Alles dieses erschiene jedoch nur zutreffend für den Fall, daß sich auch ein Causalzusammenhang zwischen der vertragswidrigen Handlung des Beklagten und dem von dem Kläger erlittenen Schaden (lucrum cessans) behaupten und nachweisen ließe. Es genügt hierzu keineswegs die bloße Möglichkeit eines Schadens, sondern bedarf es hierzu der Angabe und des Nachweises solcher Thatumstände, welche mit Sicherheit darauf schließen lassen, daß ein solcher Gewinn dem Ersatzverlangenden auch wirklich entgangen sei.

Vangerow, Pandect. Bd. 3. S. 571 Anm. 3.
v. Holzschuer, Theorie. Bd. 3. S. 80.
Seuffert, Pandect. (4. Aufl.) Bd. 2. S. 23. not. 5.
Seuffert, Archiv V. 237. VIII. 222. XII. 15. XIII. 22. u. 214.

Da nun Kläger seinen desfallsigen Schadensanspruch nicht genügend substantiirt hat, so ist er mit demselben angebrachtermaßen abzuweisen.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

I. Kläger wird mit seinem Schadensanspruch von 1000 fl. wegen Fortführung des Titels „office français“ von Seiten des Beklagten wie angebracht abgewiesen.

II. — — —

III. — — —

IV. Beide Theile haben, vorbehältlich des Gegenbeweises, binnen 14 Tagen rechtsgenügend darzuthun:

1) Kläger

a) — — —

b) daß ihm dadurch, daß er die Abschriften der im früheren gemeinschaftlichen Geschäfte geführten Bücher nicht besessen habe, vom 28. Mai 1863 an bis zum Tage der Lieferung ein Schaden von 20 fl. täglich oder wie viel weniger entstanden sei,

2) Beklagter

daß Kläger auf Anfertigung von Abschriften der Copiebücher verzichtet habe.

V. Bleibt in der Sache selbst, sowie der Kosten wegen weitere Verfügung vorbehalten.

---

2) Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 22. August 1864.

1. Die Beschwerden des Klägers sind begründet.

A. Es ist unbestritten, daß zwischen den streitenden Theilen eine Vereinbarung getroffen worden war, zufolge deren nach Auflösung des zwischen ihnen abgeschlossenen Societätsgeschäfts nicht dem Beklagten, sondern lediglich dem Kläger das Recht zustehen sollte, sich des Titels „office français" zu bedienen. Der Kläger hat nun die Behauptung aufgestellt, daß 4000 gedruckte Pläne zur Ziehung der Kurhessischen Staatsanlehnsloose vom 1. Juni 1863 und der Preußischen Lotterie vom gleichen Tage, versehen mit dem Namen F. Fabricius reçeveur général et gérant de l'office français à Francfort s. M. nach Auflösung des Societätsgeschäfts von dem Beklagten oder einem Bevollmächtigten desselben emittirt worden seien, und daß er durch dieses vertragswidrige Verfahren einen Schaden von 1000 fl. erlitten habe. Der Beklagte bemerkt zwar, daß ihm sein Mandatar A. Sives in Brüssel gestanden habe, noch eine Anzahl Pläne mit

jener Titulatur an die betreffenden Kunden versendet zu haben; er stellt aber entschieden in Abrede, daß Pläne zu den erwähnten Ziehungen vom 1. Juni 1863 überhaupt, geschweige denn in 4000 Exemplaren versendet worden seien, und daß, selbst wenn dies der Fall wäre, der Kläger hierdurch irgend einen Schaden erlitten habe.

Das Stadtgericht hat den Kläger mit seinem gegen den Beklagten gerichteten Schadensersatzanspruch angebrachtermaßen abgewiesen, indem es von der Ansicht ausgeht, daß derselbe nicht genügend substantiirt sei.

Dieser Ansicht kann indessen nicht beigetreten werden.

Der Kläger hat die Zahl der angeblich versandten Pläne zu den gedachten Ziehungen vom 1. Juni 1863 bestimmt angegeben; er hat behauptet, daß der Beklagte ihm durch die Versendung eine große Anzahl von Kunden entzogen habe, indem diese dem gewohnten Titel „office français" gefolgt seien, und er hat den ihm hierdurch entstandenen Schaden zu 1000 fl. veranschlagt.

Diese Substantiirung muß als eine vollkommen zureichende angesehen werden. Der gedachte Schadensersatzanspruch ist umsomehr als ein genügend substantiirter zu erachten, da das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch für einen ganz analogen Fall im Art. 27 ohne Weiteres eine Klage auf Schadensersatz zuläßt.

Hiernach muß dem Kläger geeignete Beweisauflage gemacht werden.

B. — —

II. Die Beschwerden des Beklagten sind unbegründet.

A. — —

B. Der Beklagte hat nach § 1 Absatz 3 der Uebereinkunft

[2] der St.=G.=A.

die Verpflichtung übernommen, dem Kläger spätestens bis zum 1. April 1862 entweder eine Abschrift der Geschäftsbücher auszufertigen oder die Originalbücher auszuliefern. Der Kläger hat weder die Abschrift der Geschäftsbücher noch

die Originalbücher erhalten, und er hat daher gegen den Beklagten auf Auslieferung der gedachten Geschäftsbücher, namentlich der Contocorrent- und Copiebücher im Original oder in der Abschrift, oder auf Zahlung eines Schadensersatzes von 20 fl. für jeden Tag des Verzugs, vom Zeitpunkt der mitgetheilten Klagschrift an, Klage erhoben. Da der Kläger Schadensersatz nur von diesem Zeitpunkt an verlangt, so ist es gleichgültig, ob sich der Beklagte bereits vor Mittheilung der Klage hinsichtlich der Ablieferung der Geschäftsbücher im Original oder in einer Abschrift im Verzug befunden hat oder nicht. Jedenfalls ist der Beklagte in dieser Beziehung durch Mittheilung der Klage in Verzug versetzt worden. Mit Ungrund wendet der Beklagte hiergegen ein, daß ihm in der gedachten Hinsicht ein Verzug um deswillen nicht zur Last falle, weil der Kläger an ihn die Hälfte der von ihm für sämmtliche Geschäftsbücher, mit Ausnahme der nicht abgeschriebenen Copiebücher, bezahlten, in

[6] S. 15. der St.-G.-A.

berechneten Abschriftskosten nicht vergütet habe, die Auslieferung der Abschriften aber nur gegen diese Vergütung habe geschehen müssen. Denn einestheils war der Beklagte für diese Kostenhälfte durch die von ihm für den Kläger vereinnahmten Gelder gedeckt, und anderntheils hat er auch in Wahrheit diese Kostenhälfte an dem Guthaben des Klägers nach

[6] S. 29. der St.-G.-A.

vollständig in Abzug gebracht. Der Beklagte war hiernach in keiner Weise berechtigt, wegen dieser Kosten die Abschriften der Geschäftsbücher, soweit dieselben gefertigt waren, sogar noch nach Mittheilung der Klage zurückzubehalten, vielmehr war er verpflichtet, deren Auslieferung alsbald und nicht erst zufolge seiner Angabe in

[20] S. 14. 18. d. St.-G.-A.

nach mehreren Monaten an den Kläger zu bewirken. Dem allen zufolge kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Kläger, insofern ihm daraus, daß er die Abschriften der im früher gemeinschaftlich geführten Geschäft geführten Bücher nicht

besessen hat, ein Schaden wirklich erwachsen ist, den Ersatz dieses Schadens vom Tage der Mittheilung der Klage bis zur Lieferung der Bücher berechnen und fordern kann.

Die Zulässigkeit des erhobenen Schadensersatzanspruchs an und für sich kann aber, da er genügend substantiirt ist, mit Grund nicht bestritten werden, und genügt es in dieser Beziehung auf die Deduction unter 2. der stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe zu verweisen, während hinsichtlich der Größe des angeblich erlittenen Schadens der Kläger, wie sich von selbst versteht, beweispflichtig ist.

Hiernach stellt sich denn auch das Verlangen des Beklagten, daß er, wenn ihm der Beweis unter IV. 2. des stadtgerichtlichen Erkenntnisses mißlingt, nicht zum Ersatz des dem Kläger durch die Entbehrung der Copiebücher etwa entstandenen Schadens, sondern nur zur Anfertigung von Abschriften der Copiebücher und Herausgabe derselben an den Kläger angehalten werde, als völlig grundlos dar.

Aus diesen Gründen wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 29. April l. J. im Uebrigen bestätigt, in folgenden Punkten aber abgeändert:

I. Absatz I. hat hinwegzufallen.

II. — — —

III. — — —

IV. Kläger wird, vorbehältlich des Gegenbeweises für den Beklagten, zu dem weiteren Beweise zugelassen:

daß nach Auflösung des von ihm gemeinschaftlich mit dem Beklagten geführten Geschäfts von dem Beklagten oder einem Bevollmächtigten desselben 4000 — oder wieviel weniger — gedruckte Pläne zur Ziehung der Kurhessischen Staatsanlehnsloose vom 1. Juni 1863 und der Preußischen Lotterie von gleichem Tage, versehen mit dem Namen F. Fabricius, reçeveur général et gérant de l'office français à Francfort s. M., ausgegeben worden seien,

und

daß ihm hierdurch ein Schaden von 1000 fl. oder von wieviel weniger erwachsen sei.

Der Beklagte hat dem Kläger die Hälfte der ihm in dieser Instanz entstandenen Kosten zu ersetzen.

---

3) Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 25. März 1865.

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 22. August 1864 zu bestätigen, auch der Beklagte in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Entscheidungsgründe.

Die beklagtischen Beschwerden mußten verworfen werden.

I. Die erste Beschwerde ist gegen die vom Stadtgericht ausgesprochene und vom Appellationsgericht bestätigte Zulassung des Klägers mit der Schadensklage wegen resp. verspäteter und bis jetzt gänzlich unterlassener Lieferung der Handelsbücher-Abschriften gerichtet. Der Beklagte will die dem Kläger wegen des diesem bereits entstandenen Schadens gemachte Beweisauflage beseitigt und in Betreff der noch nicht gelieferten Abschriften der Copiebücher nur eine angemessene Frist für deren Lieferung gesetzt wissen. Er stützt sich bei diesem Verlangen

1) auf die Behauptung, daß die früheren Richter bei der angefochtenen Entscheidung über den Antrag des Klägers hinausgegangen seien. Dies versucht er daraus abzuleiten, daß das bezügliche Petitum der Klagschrift die Worte enthält, das Stadtgericht werde gebeten, „den Beklagten zur Herausgabe der Geschäftsbücher oder zur Zahlung eines Schadensersatzes von 20 fl. für jeden Tag des Verzugs, vom Zeitpunkte der Klagbehändigung an, zu verurtheilen." Hierin soll ein alternativ gestelltes Gesuch erblickt werden müssen, so daß der Beklagte seiner Verbindlichkeit gegen den Kläger genüge, wenn er früher oder später auch nur eine jener

Leistungen, die Lieferung der Bücher, in Ausführung bringe. — Der Beklagte verstößt indessen hiebei gegen den unverkennbar vorliegenden Sinn der erhobenen Klage. Das von ihm betonte Wort „oder" kann nur so verstanden werden, daß es das Präjudiz für den Fall der Nicht-Erfüllung der beklagtischen Verpflichtung zur Herausgabe der Bücher bezeichnet. Würde der Beklagte sofort nach der Klagbehändigung dieser Verpflichtung nachkommen, so soll eine Schadensersatzpflicht überhaupt nicht beansprucht werden; auf diese letztere soll es hingegen dann ankommen, wenn der Beklagte mit der Lieferung der Bücher ferner verziehen würde. Daß nur dies der Sinn der Klage hat sein können, hätte der Beklagte um so weniger verkennen dürfen, als die Absicht des Klägers in der Klagschrift selbst (p. 9) deutlich ausgesprochen worden ist. Auch hatte der Beklagte jene Absicht in der Vernehmlassung auf die Klage (p. 19. 20) richtig aufgefaßt, und der Kläger hat sich über dieselbe an zwei Stellen der Replikenschrift (p. 13 und 19) nochmals in demselben Sinne erklärt.

Die Beschwerde ist

2) auf die Behauptung gestützt, der Beklagte sei nicht in der Lage gewesen, ohne des Klägers Mitwirkung für die Veranstaltung der Bücher-Abschriften sorgen zu müssen; es habe einer Verständigung über die Wahl der Copiisten so wie auch sonstiger vorgängiger Verabredungen über die Abschriftnahme bedurft; außerdem hätte der Kläger den Geldbetrag zur Deckung seiner Hälfte der Abschreibekosten vorher einzahlen müssen, was nicht geschehen sei.

Dem Beklagten steht es hier entgegen, daß er — als bleibender Inhaber der Firma Franz Fabricius — auch nach der Auflösung des gemeinschaftlichen Geschäfts die in demselben geführten Bücher im Besitz behalten sollte und wirklich behalten hat, und daß es in dem § 1 der Separations-Vereinbarung vom 21. November 1861

ausdrücklich heißt, daß dem Daltroff „von den Geschäftsbüchern spätestens bis zum 1. April 1862 eine Abschrift auf

gemeinschaftliche Kosten ausgefertigt oder die Originalbücher ausgeliefert werden sollten." Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß es der Beklagte war, welchem die in Rede stehende Leistung zur Pflicht gemacht wurde. Er hatte zunächst das Wahlrecht, ob er Abschriften liefern oder die Originale hingeben wollte. Wählte er das Erstere, so mußte er das Nöthige in Beziehung auf die seiner ausschließlichen Disposition unterworfenen Bücher in Ausführung bringen lassen. Ueberdies steht hier dem Beklagten dasjenige entgegen, was er über sein Verfahren in Betreff der Geschäftsbücher in der Vernehmlassung auf die Klage angegeben hat. Dort

Stadtg.-Acten [6] p. 14.

hat er vorgetragen, „es sei des Klägers Schuld, wenn er die Abschriften der Bücher nicht schon längst erhalten habe; die Abschriften seien seit dem 1. April 1862 (also mehr als 10 Monate vor der Klagstellung) gefertigt und hätten dem Kläger seitdem gegen Zahlung der Hälfte der Kosten zu Diensten gestanden." Nun handelt es sich nach Maßgabe des Inhalts der Klage überhaupt nicht um eine Interesseforderung für die Zeit vor der Klagstellung; in Betreff der späteren Zeit aber ergiebt sich aus der vorstehenden Erklärung des Beklagten, daß es für sie auf eine besondere Mitwirkung des Klägers zur Herstellung der Abschriften nicht angekommen sein kann. — Endlich anlangend die Berufung des Beklagten darauf, daß die Nichtlieferung der Abschriften eine Folge der Nichteinzahlung der auf den Kläger fallenden Hälfte der Abschreibekosten gewesen sei, so ist dieselbe völlig grundlos. Der Beklagte war zu der Zeit, als der Kläger die Abschriften klagend forderte, Schuldner des Letzteren zu einem jene Kostenhälfte übersteigenden Betrage, aus welchem der Beklagte sich denn auch wirklich bezahlt gemacht hat.

Vernehmlassung, St.-G.-Act. [6] p. 29 (für 127 fl. 15 kr. aus 186 fl. 43½ kr.)

3) Der Schadensanspruch — dem Betrage nach vom Kläger näher dahin dargelegt, daß das Geschäft desselben, welches bei Zugrundelegung des Ergebnisses des früheren (gemein-

schaftlichen) Betriebes auf einen Jahresertrag von 5000 fl. für den Kläger zu schätzen gewesen sei, nach der Trennung von dem Beklagten nur 500 fl. für das Jahr eingebracht habe, was eine Folge des beklagtischen widerrechtlichen Verhaltens gegen den Kläger, insonderheit der Vorenthaltung der Geschäftsbücher gewesen sei — soll nach der Behauptung des Beklagten

a) weil auf unwahre Angaben gestützt, und wegen evidenten Fehlens des Causalnexus, verwerflich sein.

Nun kann es aber auf das Läugnen des Beklagten, daß dem Kläger ein Schaden aus dem in Rede stehenden beklagtischen Verhalten entstanden sei, hier, wo es sich um die Zulassung des Klägers zur Beweisführung handelt, selbstverständlich nicht ankommen. Dagegen würde allerdings von der Beweisauflage abzusehen und auf Abweisung des Klägers mit dem in Rede stehenden Anspruche zu erkennen sein, wenn die **Unmöglichkeit** des Vorhandenseins eines Schadens überhaupt, oder doch diejenige eines Causalnexus zwischen der Vorenthaltung der Bücher und dem angeblich ungünstigen Ergebnisse des klägerischen Geschäfts anzunehmen sein sollte. Allein der Beklagte hat für die Unmöglichkeit eines Schadens irgend etwas Beachtungswerthes anzuführen nicht vermocht, und dasselbe gilt in noch höherem Grade von der behaupteten Abwesenheit jedes Causalnexus. Auch ist es eine unrichtige Auffassung, wenn der Beklagte vermeint, daß der Kläger für den Beweis des ihm durch die Vorenthaltung der Bücher verursachten Schadens auf das vorerwähnte Moment — das Ergebniß des Geschäfts zur Zeit der Gemeinschaft im Vergleich mit demjenigen des klägerischen Separatgeschäfts — beschränkt sei. Vielmehr wird der dem Kläger zum Beweise verstellte Umstand, „daß ihm dadurch, daß er die Abschriften der Geschäftsbücher nicht besessen habe, von dem Tage der Klagbehändigung an bis zum Tage der Lieferung ein Schaden von 20 fl. täglich oder wie viel weniger entstanden sei," durch irgendwelche andere vom Kläger im Beweisverfahren anzuführende und ihrem thatsächlichen Grunde

nach, so weit wie erforderlich, zu bewahrheitende Umstände erbracht werden dürfen.

Endlich hat der Beklagte die sofortige Zurückweisung des hier in Rede stehenden Schadensanspruches

b) deshalb beantragen zu können geglaubt, weil der Kläger es sich selbst beizumessen habe, wenn er nicht behufs seines Geschäftsbetriebes Einsicht in die auf des Beklagten Comtoir vorhandenen Bücher genommen habe, eventuell nicht auf die Offerte des Klägers eingegangen sei, die Bücher an einem dritten Orte zur Einsicht für beide Theile niederzulegen, wobei er, Beklagter, höchstens für den Mehraufwand an Arbeitskräften verantwortlich sein könne, welcher durch die Benutzung der nicht in des Klägers Geschäftslocal aufbewahrten Bücher diesem entstanden sein möchte. Auch diese Aufstellung des Beklagten ist grundlos. Denn nicht nur das Recht des Klägers, sondern auch dessen Interesse, den Inhalt der Bücher in seinem Geschäftslocal zur jederzeit beliebigen Inspection zu haben, ist durch die Separations-Vereinbarung festgestellt. Es ist deshalb nicht darauf einzugehen, inwieweit die aus dem Nichtbesitz der Geschäftsbücher für den Kläger sich ergebenden Uebelstände durch gewisse andere Maßregeln hätten abgewendet oder gemindert werden können, insbesondere ob die Inspection der Bücher auf des Beklagten Comtoir dem Kläger habe genügen können, event. ob sie, wie der Kläger andeutet, zu anderweitigen Mißverhältnissen geführt haben würde.

Hiernach stellt sich die erste Beschwerde in allen derselben vom Beklagten zu geben versuchten Begründungen als hinfällig dar.

II. Die zweite Beschwerde betrifft den Punkt wegen des beklagtischen Ausgebens von Lotterieplänen mit der Bezeichnung des beklagtischen Geschäfts als „office français."

Das Stadtgericht hatte den vom Kläger in Betreff des vorgedachten Umstandes erhobenen Schadensanspruch wegen fehlender Substantiirung angebrachtermaßen zurückgewiesen, das Appellationsgericht dagegen den Kläger zu dem Beweise zu-

gelassen, daß der Beklagte 4000 oder wie viel weniger gedruckte Pläne mit der angebebenen Bezeichnung ausgegeben habe, und daß ihm, dem Kläger, hiedurch ein Schaden von 1000 fl., oder wie viel weniger, erwachsen sei.

Der Beklagte verlangt

a) principaliter gänzliche Verwerfung des Schadensanspruches — also sogar eine über die von ihm nicht angefochtene Entscheidung des Stadtgerichts hinausgehende — Abweisung des Klägers, eventualiter

b) Wiederherstellung des Stadtgerichts-Erkenntnisses und in weiterer Eventualität eine Veränderung der zweiten Beweis-Alternative.

Zu a) Wenn hier der Beklagte, dessen Ausführungen selbstverständlich im für ihn günstigsten Falle nur zur Abweisung des Klägers angebrachtermaßen Veranlassung geben könnten, von Neuem den Versuch macht, das Widerspruchsrecht des Klägers gegen die von ihm, dem Beklagten, ausgehende Führung des Namens „office français" ganz zu bestreiten und diese Führung selbst als etwas ganz Unerhebliches darzustellen, so kann dem — wie in gleicher Richtung schon in den Erkenntnissen der früheren Instanzen ausgesprochen worden ist — deshalb keine Folge gegeben werden, weil nicht nur das exclusive Recht des Klägers auf den Gebrauch jener Bezeichnung in dem Societätsvertrage, und mittelbar in der Separations-Vereinbarung, contractlich anerkannt worden ist, sondern weil auch aus dem Abschluß dieser Vereinbarung selbst ohne Weiteres sich ergiebt, daß die Führung des Namens materielle Bedeutung habe. — Wenn der Beklagte gegenwärtig bemerkt, er habe die Möglichkeit gehabt, jenes exclusive Recht des Klägers illusorisch zu machen, nämlich demselben alle materielle Erheblichkeit zu entziehen, indem er nur nöthig gehabt hätte, einen, der in Rede stehenden Benennung nachgebildeten, ähnlich lautenden Namen anzunehmen, so kann, da der vom Beklagten als möglich hingestellte Fall in Wirklichkeit nicht vorliegt, es auf sich beruhen bleiben, welche Rechtsfolgen ein solches Verfahren des Beklag-

ten gehabt haben würde. — Völlig werthlos ist es denn auch, was der Beklagte in seiner Appellationsausführung

Act. [1] p. 23. flg.

darüber vorbringt, daß ein Schaden durch die von ihm geschehene Benutzung des Namens „office français" nicht entstanden sein könne. Die von ihm suppositionsweise aufgestellten verschiedenen Fälle sind weder an sich zutreffend, noch erschöpfend. Insbesondere ist die Auffassung unrichtig, daß der Kläger für seinen Geschäftsbetrieb über den Bereich derjenigen Verbindungen, welche er schon früher nutzbar zu machen gewußt hatte, nie hinausgegangen sein würde. Ohne Zweifel war es die Absicht des Klägers, und mußte es dessen Absicht sein, die Zahl seiner Kunden über diejenige hinaus, welche er aus dem gemeinschaftlichen Geschäft in sein neues Separatgeschäft hinübernahm, auszudehnen, und insofern ihm hiebei die Benutzung des Namens „office français" nützlich werden konnte, durfte der Beklagte durch seine Concurrenz ihm nicht in den Weg treten. Soweit er dies gethan und dadurch dem Kläger einen, gleichviel ob positiven oder negativen, Schaden verursacht hat, was Gegenstand der klägerischen Beweisführung sein wird, unterliegt seine Schadensersatzpflicht keinem Zweifel.

Auf die vor dem Stadtgerichte vorgebrachte Behauptung des Beklagten, daß die von seinem Brüsseler Agenten angeblich in Folge eines Versehens erfolgte Ausgebung von Lotterieplänen mit der Bezeichnung „office français" von ihm, dem Beklagten, nicht vertreten zu werden brauche, ist derselbe in jetziger Instanz nicht ausdrücklich zurückgekommen. Sollte es übrigens seine Absicht gewesen sein, durch seine allgemeine Bezugnahme auf die Voracten auch dies Argument als noch wirksam zu bezeichnen, so würde, wie keiner Ausführung bedarf, den früheren Richtern in dessen Verwerfung nur beigetreten werden können.

Schließlich ist die Frage in Betracht zu ziehen

zu b) ob, wie das Appellationsgericht angenommen hat, der hier in Rede stehende klägerische Schadensanspruch als

genügend substantiirt behandelt werden kann, oder ob — mit dem Stadtgericht — wegen ungenügender Substantiirung auf Abweisung der Klage angebrachtermaßen zu erkennen, mindestens, wie der Beklagte im eventuellen Theile seiner zweiten Beschwerde beantragt, dem Kläger speciell der Beweis zur Pflicht zu machen ist, daß der Beklagte ihm durch die Ausgebung der mehrgedachten Pläne Kunden, und zwar wie viel, entzogen habe.

Es hat freilich seine Richtigkeit, daß Derjenige, welcher wegen eines widerrechtlichen Verhaltens auf Vergütung eines dadurch entstandenen Schadens in Anspruch genommen wird, nur für solche dem Antragsteller entstandene Nachtheile zu haften hat, welche im Causalzusammenhange mit der begangenen Widerrechlichkeit stehen; und daraus folgt, daß es hiebei im Allgemeinen als eine Pflicht des Klägers anzusehen ist, nicht nur die Existenz und den Umfang des behaupteten Schadens, sondern auch daß dieser eine Folge des von dem anderen Theile verschuldeten Verhaltens gewesen sei, zu substantiiren und zu erweisen. Allein besondere Umstände können dem Kläger wesentliche Erleichterungen gewähren. Abgesehen nämlich davon, daß da, wo die besonderen Voraussetzungen des iuramentum in litem vorhanden sind, der Kläger den Schaden — vorbehältlich der richterlichen Moderation — ohne Weiteres durch seinen Eid erweisen darf, ist in solchen Fällen, in welchen ein rechtswidriges Verfahren des Beklagten vorliegt, und zugleich den Umständen nach die Existenz eines dadurch verursachten Schadens wahrscheinlich, der Umfang desselben aber schwer oder gar nicht zu erweisen ist, der Kläger selbst mit einer unvollkommenen Darlegung des verursachten Schadens und — nach vorgängiger richterlicher Ermäßigung — zu einer Beeidigung desselben zuzulassen.

Fr. Erkenntniß in S. Westbrook c. Dettmer vom 22. Juni 1843 (Frankf. Samml. v. Sauerländer, Bd. 1. S. 78.)
Bender, Frankf. Civil-Proceß, Ed. 2. S. 151. Note *

Daß nun, den vorliegenden Fall anlangend, unter Voraussetzung klägerischen Beweises einer umfangreichen Vertheilung

der in Rede stehenden Pläne seitens des Beklagten, sowie einer Bescheinigung von Umständen, welche einen dem Kläger dadurch verursachten Schaden wahrscheinlich machen, auch hier in Gemäßheit des Vorstehenden zu erkennen sein würde, unterliegt um so weniger einem Bedenken, als der Art. 27 des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuches gerade für Fälle, wie ein solcher hier in Betracht kommt, über das Vorhandensein und die Höhe des Schadens das freie richterliche Ermessen entscheiden läßt. Diesem Artikel ist hier, wo es sich um die Verbreitung der Pläne für Prämien- und Lotterieziehungen vom 1. Juni 1863 handelt, unbedenklich Wirksamkeit beizulegen, und wirkt dies selbstverständlich auch auf das Maß der Anforderungen, welche man an die Substantiirung zu stellen hat.

Durch das Vorbemerkte wird zugleich der Antrag des Beklagten auf Veränderung des Beweissatzes als unbegründet nachgewiesen.

III. Die dritte Beschwerde ist consecutiv. Ist, wie aus dem Obigen sich ergiebt, dem Erkenntnisse des Appellationsgerichts durchweg beizutreten, so erscheint die Verurtheilung des Beklagten in die eine Hälfte der Kosten zweiter Instanz gerechtfertigt.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz waren dem Beklagten ganz zur Last zu bringen.

---

25. Hamburg.

Erben von weil. **J. H. Rabe** zu Hamburg, Kläger, wider die Löbl. Kämmerei, modo die Finanz-Deputation daselbst, Beklagte, betr. Entschädigung wegen stattgehabter Expropriation. (App. II.)

In dieser Sache ist vom Ober-Appellationsgericht zunächst ein Prälocut erlassen worden, welches demnächst mit dem Haupt-Erkenntnisse mitgetheilt werden wird.

Hamburg. 26.

J. C. H. Vogt in Firma C. F. Vogt in Segeberg, Kläger, wider A. A. F. Lüttgens früher in Firma Karstadt & Lüttgens in Hamburg, Beklagten, betreffend Forderung aus geleisteter Bürgschaftszahlung.

1) Erfordernisse der Regreßklage des Bürgen, der sich auf Ansuchen des Hauptschuldners verbürgt hat. Einfluß der Rechnungsverhältnisse, in denen Gläubiger und Hauptschuldner stehen, auf die Begründung der Regreßklage.

2) Jeder von mehreren Mitbürgen für die Schuld eines Dritten ist — namentlich auch nach Hamburgischem Rechte — ipso jure Schuldner auf das Ganze und steht es ihm frei, sich des beneficium divisionis zu bedienen oder nicht.

Rechtsfall. A. A. F. Lüttgens und M. F. A. Karstadt waren Inhaber der Firma Karstadt & Lüttgens in Hamburg. Am 1. October 1862 fand eine Separation der beiden socii statt, Karstadt übernahm vereinbarungsmäßig die activa und passiva der bisherigen Firma und setzte das Geschäft unter der Firma Karstadt & Comp. fort, wovon durch gewöhnliches Circular den Geschäftsfreunden Anzeige gemacht wurde.

Für die Firma Karstadt & Lüttgens hatten sich J. C. H. Vogt (in Firma C. F. Vogt) in Segeberg, der Schwiegervater des Karstadt, und J. L. F. Lüttgens ebendaselbst, der Vater des Lüttgens, durch Acte vom 23. Januar 1862 bei A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn in Hamburg „für einen von denselben zu entnehmenden Vorschuß im Laufe eines Jahres bis zum Betrage von 5000 ℔ Bco." selbstschuldnerisch verbürgt, und war diese Bürgschaft, nach Auflösung der Firma Karstadt & Lüttgens, am 27. Octbr. 1862 in der Art auch für die neue Firma übernommen, „daß die für die frühere Firma K. & L. übernommene Bürgschaft von Bco. ℔ 5000

nunmehr für die Firma K. & Comp. gültig und solche bis zur festgesetzten Zeit ult. Decbr. 1862 zu laufen habe."

C. F. Vogt übernahm hinsichtlich dieser letzteren Bürgschaft durch Acte vom 29. October 1862 für J. L. F. Lüttgens Rückbürgschaft für die Hälfte der verbürgten Summe.

Die Firma Karstadt & Comp. war genöthigt, schon im März 1863 Insolvenz zu erklären. Am 28. Mai e. a. erhob Vogt in Segeberg Klage wider A. A. F. Lüttgens in Hamburg, indem er vortrug:

Auf Ansuchen von Karstadt & Lüttgens habe er für die Firma K. & L. bei A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn, bei welchen Karstadt & Lüttgens einen kaufmännischen Credit eröffnen wollten, die selbstschuldige solidarische Bürgschaft bis zur Summe von Bco. ℔ 5000 übernommen. Von diesem Credit seien von der Firma Karstadt & Lüttgens vor dem 1. October 1862 Bco. ℔ 4945 $15^1/_2$ ß aufgenommen, welche nebst Zinsen (88 ℔ Bco.) er an Großmann zu zahlen genöthigt worden. Er bitte, den Beklagten, der als Mitinhaber der Firma K. & L. hiefür zu haften habe, zur Zahlung der genannten Summe nebst Zinsen vom Zahlungstage, dem 28. Febr. 1863, an zu verurtheilen, refusis expensis.

Beklagter opponirte in der Sache selbst

a) die exc. libelli obscuri; er könne sich auf die Klage nicht einlassen, so lange nicht der Gegner das vollständige Contocurrent mit Großmann bis zum Tage der Insolvenzerklärung des Karstadt beigebracht habe. Beklagter verlange Nachweis, ob für Karstadt & Lüttgens oder für Karstadt & Comp. gezahlt worden. Beklagter könne nicht in Anspruch genommen werden für eine Zahlung, die Kläger als Bürge für Karstadt & Comp. geleistet habe.

b) Lüttgens sen. und der Kläger hätten zusammen die selbstschuldige Bürgschaft für Vorschüsse bis Bco. ℔ 5000 übernommen. Diese Bürgschaft aber sei mit Zustimmung Großmanns am 27. October 1862 aufgehoben, als die neue Bürgschaft (mit Rückbürgschaft des Vogt) für Karstadt & Comp. von Vogt & Lüttgens sen. übernommen worden.

c) Ob Kläger überall verloren habe, sei noch zweifelhaft; denn er habe sich bedeutende Deckung von Karstadt geben lassen. — Beklagter bittet um Abweisung der Klage ref. exp.

Kläger behauptet replicando das Nebeneinanderbestehen beider Bürgschaften und daß K. & L. den Credit in der angegebenen Höhe benutzt haben. Er habe von Karstadt große Summen aus Darlehen zu fordern; darauf beziehe sich die von demselben empfangene Deckung, während er für die Bürgschaft ohne jede Deckung sei.

1) Erkenntniß des Handelsgerichts vom 30. Mai 1863.

Da die angestellte Klage auf der Behauptung fundirt, daß Kläger für die frühere Firma des Beklagten und auf deren Ansuchen sich A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn gegenüber bis zur Summe von Bco. ℳ 5000 selbstschuldig verbürgt habe und daß er auf Grund dieser Bürgschaft an A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn Bco. ℳ 4945. 15½ ß zu bezahlen genöthigt worden sei;

da Beklagter diese Behauptungen der Klage aber in Abrede stellt und zwar unter seinseitiger Darstellung der Verhältnisse dahin, daß zwar allerdings am 23. Januar 1862 von dem Kläger und einem Sr. J. L. F. Lüttgens eine selbstschuldige Bürgschaft bei A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn für die der Firma Karstadt & Lüttgens zu gewährenden Credite bis zur Summe von Bco. ℳ 5000 geleistet worden sei, daß aber, nachdem diese Firma am 1. Octbr. 1862 aufgehoben und deren activa und passiva von Karstadt & Comp. übernommen worden, mit Genehmigung von A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn nicht allein deren Forderung an Karstadt & Lüttgens auf die neue Firma Karstadt & Comp., deren alleiniger Inhaber Sr. M. F. A. Karstadt gewesen, übergegangen, sondern auch die früher vom Kläger und Sr. J. L. F. Lüttgens für Karstadt & Lüttgens geleistete Bürgschaft aufgehoben und an deren Stelle eine neue Bürgschaft derselben für Karstadt & Comp. getreten sei, so daß also

Kläger, falls er Zahlungen an A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn geleistet habe und habe leisten müssen, dieselben nicht auf Grund der früher einmal für Karstadt & Lüttgens übernommenen Bürgschaft, sondern auf Grund der Bürgschaft geleistet habe, welche er, wie Beklagter behauptet, am 27. October 1862 für Karstadt & Comp. eingegangen sei;

da demnach dem Kläger, dessen Klage sich als die actio mandati contraria darstellt, obliegen wird, die bestrittenen thatsächlichen Fundamente seiner Klage also darzuthun, daß er die klagend geforderte Summe auf Grund der von ihm für Karstadt & Lüttgens übernommenen Bürgschaft an A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn gezahlt habe und daß diese zur Zeit der Zahlung die fragliche Summe an Karstadt & Lüttgens mit Recht zu fordern hatten, wogegen es dem Beklagten anheim gestellt bleiben muß, durch Bewahrheitung der von ihm angegebenen Thatsachen bei Gelegenheit des ihm nachzulassenden Gegenbeweises darzuthun, daß A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn die neue Firma Karstadt & Comp. als debitrix für die ihnen am 1. October 1862 zuständige Forderung an Karstadt & Lüttgens angenommen oder daß die vom Kläger s. Z. für diese letztere Firma übernommene Bürgschaft aufgehoben worden oder daß Kläger an A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn als Bürge für Karstadt & Comp. gezahlt habe:

daß, dem Beklagten wegen seiner eventuellen Behauptung, daß Kläger nur für die Hälfte der Großmann'schen Forderung an Karstadt & Lüttgens' Bürge gewesen und wegen aller daraus resultirenden Rechte für jetzt Gerechtsame vorbehältlich, mand. nom. Kläger schuldig sei innerhalb 8 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses, Beklagtem Gegenbeweis vorbehältlich, bei Verlust der Beweisführung den Beweis anzutreten:

daß er die klagend geforderte Summe von Bco. ℳ 4945. 15½ ß Capital nebst Bco. ℳ 88 Zinsen auf Grund der von ihm für Karstadt & Lüttgens übernommenen Bürgschaft an A. G. H. Großmann Wittwe &

Sohn hieselbst bezahlt habe und daß diese zur Zeit der Zahlung eine solche Summe mit Recht an Karstadt & Lüttgens zu fordern hatten.

Nach beendigtem Beweisverfahren soll sodann weiter erkannt werden was Rechtens.

---

2) Auf Appellation beider Theile erkannte das Obergericht am 21. September 1863:

Da der Beklagte zunächst die Einrede der Dunkelheit wegen fehlender Specialisirung des eingeklagten Betrages vorgeschützt, und auf diese Einrede nur unter der Bedingung verzichtet hat, daß, auf Grund seiner Einrede der Aufhebung der vom Kläger für seine frühere Firma, Karstadt & Lüttgens, geleisteten Bürgschaft, die Klage sofort definitiv zurückgewiesen werde;

da dieses Vertheidigungs-System auch in der beklagtischen Appellationsschrift beibehalten worden ist;

da demnach zunächst über die Einrede der dunkeln Klage abzuurtheilen ist, wenn sich ergiebt, daß auf den beklagtischen Antrag wegen definitiver Abweisung der Klage nicht, oder auch nur zur Zeit noch nicht eingegangen werden kann;

da nun die beklagtischen, duplicando zum Beweise der Einrede der Aufhebung der für die frühere beklagtische Firma geleisteten Bürgschaft beigebrachten Documente, unter Voraussetzung klägerischer Anerkennung derselben, selbst bei einer, dem Beklagten möglichst günstigen Beurtheilung derselben nicht ohne eine vorgängige vollständige Verhandlung über den Werth dieser Documente für die beklagtische Auffassung zu einer Anerkennung der behaupteten Aufhebung der ursprünglichen Bürgschaft führen können, indem, je nach den Ergebnissen solcher Verhandlung, festzustellen sein wird, inwiefern eine Beweisführung annoch erforderlich, oder doch eine Gegenbeweisnachlassung annoch zulässig sein möchte;

da aber Klägern zu einer solchen erschöpfenden Verhandlung über die duplicando, mittelst anticipirten Beweisversuches, beigebrachten Documente für das erste Verfahren eine

absolute Verpflichtung nicht oblag, und überdies die aus den producirten Documenten gezogene Folgerung, Großmann habe den Beklagten seiner Verbindlichkeit entlassen, erst quadruplicando mit genügender Präcision aufgestellt worden ist;

da demnach für jetzt eine definitive Abweisung der Klage keinenfalls ausgesprochen werden kann;

da aber die demnach zunächst zu beurtheilende Einrede der Dunkelheit begründet ist, indem Beklagtem darin beigepflichtet werden muß, daß der Kläger, der keineswegs in Gemäßheit eines ihm vom Beklagten ertheilten Mandates Zahlung leistete, die gegen ihn ex jure cesso von Großmann zu erhebende Klage so einzurichten hatte, wie dieselbe von dem ursprünglichen Gläubiger hätte eingeleitet werden müssen;

da nun für die Klage des Geldwechslers gegen seinen Geschäftskunden eine vollständige (bis auf den letzten anerkannten Saldo hinaufreichende) Contocourant auf Verlangen des verklagten Geschäftskunden das unerläßliche Fundament zu bilden hat, und überdies der beklagtische Antrag auf eine der Einlassung vorgängige Edition einer vollständigen, die Rechnungsverhältnisse zwischen Großmann und Karstadt & Comp. mitumfassenden Contocourant begründet ist, weil Karstadt & Comp. unbestrittener Maßen die Passiva der frühern Firma Karstadt & Lüttgens mit übernommen hatten, und mithin Großmann — ganz abgesehen von der Frage, ob dessen Rechte gegen den Beklagten im Allgemeinen salvirt geblieben — wenn er von Karstadt & Comp. Zahlungen erhalten, dieselben unter Umständen, die sich erst nach gepflogener Verhandlung über die beizubringende vollständige Contocourant beurtheilen lassen, auf die Schuld der aufgelöseten Firma in Abrechnung zu bringen hatte;

da auch durch das vom Erkenntniß a quo angeordnete Verfahren in der Beweisinstanz über die noch gar nicht vorliegenden Specialien des Klagfundamentes ein erstes Verfahren nothwendig werden und dadurch Verwirrung des Proceßganges herbeigeführt werden könnte;

da andererseits das beklagtische Verlangen, daß Kläger der Einlassung vorgängig angebe, für wen, ob für Karstadt & Lüttgens oder für Karstadt & Comp. er bezahlt haben wolle, durch die Klage selbst und durch das fernere klägerische Vorbringen seine Erledigung gefunden hat, indem dasselbe gar nicht anders aufgefaßt werden kann als daß Kläger — wie auch das Erkenntniß a quo es aufgefaßt hat — für Karstadt & Lüttgens Zahlung geleistet haben will;

da endlich die klägerische Appellation durch die Berücksichtigung der Einrede der Dunkelheit und der zu edirenden Contocourant ihre Erledigung findet:

daß unter Wiederaufhebung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses a quo vom 30. Juni d. J., dessen dereinstiger gänzlicher oder theilweiser Wiederherstellung unbeschadet, Kläger seine Klage, unter dem Präjudize der Abweisung angebrachter Maßen, durch Beibringung der zwischen Großmann Wittwe & Sohn und Karstadt & Lüttgens und Karstadt & Comp. erwachsenen Contocourant zu vervollständigen schuldig, quo facto Beklagter sich vollständig sub poena contumaciae auf die Klage einzulassen hat.

Beiden Theilen bleibt es unbenommen, auf das im Uebrigen Vorgebrachte demnächst zurückzukommen, und ist die Sache, unter Compensation der Kosten des beiderseitigen appellatorii, zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zu remittiren.

---

3) Auf weitere Appellation des Klägers erging das Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 28. März 1865:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 21. Sept. 1863, wie hiemit geschieht, aufzuheben, und Kläger zu beweisen schuldig sei:

daß die Firma Karstadt & Lüttgens den durch die Bürgschaft vom 23. Januar 1862 gedeckten Credit bei A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn zu Hamburg bis zum

Betrage von Bco. ℳ 4945. 15 1/2 ß benutzt und Kläger in Folge der gedachten Bürgschaft den genannten Betrag nebst 88 ℳ Bco. Zinsen an A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn gezahlt habe,

wogegen dem Beklagten der Gegenbeweis vorzubehalten, den er namentlich auch darauf richten kann:

daß die fragliche Zahlung des Klägers in Folge der von ihm am 27. Octbr. 1862 für Karstadt & Comp. übernommenen Bürgschaft geleistet worden,

sowie der Beweis seiner Einrede, Gegenbeweis für den Kläger vorbehältlich, freizulassen:

daß die vom Kläger in Gemeinschaft mit J. F. L. Lüttgens zu Segeberg unter'm 23. Januar 1862 übernommene Bürgschaft vor der von ihm an A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn geleisteten Zahlung aufgehoben worden;

die Einwendungen des Beklagten aber, welche von ihm rücksichtlich seiner nur theilweisen Verpflichtung und einer von Karstadt & Comp. in Hamburg dem Kläger gegebenen Deckung erhoben worden, zu verwerfen seien; worauf nach beendigtem Beweisverfahren in der Sache selbst und der Kosten wegen weiter ergehen solle, was Rechtens.

Die Kosten zweiter und dritter Instanz werden compensirt, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Es ist die processualische Statthaftigkeit der wider das obergerichtliche Erkenntniß vom 21. Septbr. 1863 eingewendeten Appellation des Klägers nicht zu beanstanden, da dieses Erkenntniß auf Appellation des Beklagten das Beweisinterlocut des Handelsgerichts vom 30. Juni 1863, also eine appellable Entscheidung aufgehoben hat, mithin keineswegs als ein bloß proceßleitender Bescheid angesehen werden kann.

Vgl. Gries, Commentar zum Hamburgischen Stadtrecht, Bd. I. p. 140 – 143.

II. Die erste und Principalbeschwerde des Klägers in gegenwärtiger Instanz ist gegen das decisum des Obergerichts gerichtet, welches in Gemäßheit der exceptio libelli obscuri des Beklagten eine gänzliche Erneuerung der Verhandlungen des ersten Verfahrens verfügt und dem Kläger aufgegeben hat, seine Klage durch Beibringung der Contocourante zwischen A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn und Karstadt & Lüttgens sowie zwischen A. G. H. Großmann Wittwe & Sohn und Karstadt & Comp. zu vervollständigen.

Es war dem Obergerichte darin nicht beizutreten, daß Kläger den Regreß wider den Beklagten ex jure cesso von Großmann Wittwe & Sohn zu nehmen habe. Vielmehr konnte Kläger die Schadloshaltung wegen der Zahlung, welche er in Folge einer Bürgschaft angeblich an den Gläubiger geleistet hat, nach dem was er schon in der Klage vorträgt, von dem Beklagten als Hauptschuldner mit der contraria mandati actio fordern, und ist das dort Vorgetragene genügend, die angestellte Klage an sich zu begründen.

Denn es geht, wie das Obergericht selbst anerkennt, schon aus der Klage mit hinreichender Bestimmtheit hervor, daß Kläger an Großmann für Karstadt & Lüttgens, nicht für Karstadt & Comp. Zahlung geleistet haben will; und ferner behauptet Kläger ausdrücklich, er habe die Bürgschaft bei Großmann auf Ansuchen von Karstadt & Lüttgens zwecks Eröffnung eines Credits für letztere Firma übernommen, so wie daß diese Firma den Credit bei Großmann bis zu der angeblich an den Gläubiger (nebst 88 ℔ Bco. Zinsen) gezahlten Summe von Bco. ℔ 4945. 15½ ß benutzt habe. Damit ist alles zur Begründung der Mandatsklage Erforderliche angeführt: die Ertheilung und Uebernahme des Auftrags, der Inhalt desselben und der Betrag des auf die Erfüllung des Auftrags gemachten Aufwands, dessen Wiedererstattung mit der Klage begehrt wird.

Beklagter widerspricht in seiner eigenen Darstellung über die Entstehung der Bürgschaft dem klägerischen Vorbringen, daß dieselbe auf Ansuchen von Karstadt & Lüttgens über-

nommen worden, in der That nicht, da es ganz gleichgültig ist, ob durch beide socii (Karstadt und Lüttgens) zusammen oder durch einen von beiden, sei es Karstadt oder Lüttgens, der Antrag um Uebernahme der Bürgschaft für die Firma Karstadt & Lüttgens beim Kläger gestellt wurde. Die Bürgschaft aber wurde vom Kläger, wie aus der vom Beklagten beigebrachten, jetzt auch vom Kläger anerkannten Bürgschaftsacte vom 23. Januar 1862 hervorgeht,

Nr. 8 der Acten des Handelsgerichts,

in Gemeinschaft mit J. L. F. Lüttgens zu Segeberg für einen von Karstadt & Lüttgens bei Großmann zu entnehmenden Vorschuß im Laufe eines Jahres bis zum Betrage von 5000 ℔ Bco. übernommen, oder, wie Kläger sich in der Klage ausdrückt, es geschah die Bürgschaft zwecks Eröffnung eines Credits bei Großmann für Karstadt & Lüttgens. Es ist mithin gar nicht davon die Rede, daß zwischen Karstadt & Lüttgens und Großmann ein Contocourantverhältniß eingegangen worden und daß die Bürgschaft sich auf dies Contocourantverhältniß beziehen sollte. Beide Bezeichnungen: „ein bei Großmann zu entnehmender Vorschuß" und „ein bei Großmann zu eröffnender Credit" sind, da in concreto Umstände, welche auf eine andere Deutung hinführen, nicht zur Berücksichtigung stehen, von Darlehen oder sonstigen Formen der Creditgebung zu verstehen, ohne daß dabei nothwendig ein Contocourantverhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner vorausgesetzt zu werden braucht.

Vgl. Brinckmann's Handelsrecht § 128.

Für den Bürgen aber, der sich auf Ansuchen des Hauptschuldners obligirt hat, genügt es zu wissen, daß und wie weit der Letztere von dem eröffneten Credit Gebrauch gemacht hat, und hat der Bürge als solcher nicht darnach zu fragen, welche Rechnungsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner bestehen, und ob der Saldo zu Gunsten des Gläubigers seiner Verbürgung gleichkommt oder nicht.

Die Vorlegung des Contocourants zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner könnte hiernach nur zur Frage

kommen, wenn Kläger ex jure cesso von Großmann oder wenn er als negotiorum gestor seinen Anspruch erhoben hätte, im letzteren Falle, weil der Kläger ein utiliter gestum darzulegen genöthigt wäre.

Aber beide Fälle liegen hier nicht vor, wo Kläger seinen Regreß mit der Mandatsklage nimmt. Diese Klage, welcher auch die auf Erstattung von Zinsen auf das ganze aus Capital und Zinsen gebildete libellatum gerichtete Klagbitte entspricht,

L. 10. § 9. L. 12 § 9. L 27. § 4. L 56. § 4. D. mand. (17,1.)

ist durch das schon in der Klage Behauptete vollständig begründet, eine Erneuerung der Verhandlungen des ersten Verfahrens daher unnöthig, und war sonach dem Antrage des Klägers in seiner ersten Beschwerde gemäß das obergerichtliche Erkenntniß aufzuheben.

III. Mit der Aufhebung dieses Erkenntnisses reviviscireu die Beschwerden des Beklagten in voriger Instanz, mit Ausnahme seiner zweiten Beschwerde, welche durch die inzwischen erfolgte ausdrückliche klägerische Anerkennung der vom Beklagten beigebrachten Bürgschafts- und Rückbürgschaftsacten (Anlagen B bis D) erledigt ist.

Auch stehen der ersten Beschwerde desselben, welche dahin geht, „daß nicht der Kläger sofort unter Verurtheilung in die Kosten abgewiesen worden", nicht, wie Kläger meint, duae conformes entgegen; denn die bisherigen Erkenntnisse stimmen zwar darin überein, daß die Klage nicht sofort abzuweisen sei, beurtheilen aber die Sache selbst durchaus abweichend, so daß hinsichtlich des fraglichen Punktes nur eine negative Conformität der Entscheidungen des Handelsgerichts und des Obergerichts vorhanden ist. Es ist daher auch diese Beschwerde des Beklagten einer Prüfung zu unterziehen.

IV. Beklagter hat die Abweisung der Klage auf Grund der von ihm vorgeschützten Einrede, daß die vom Kläger und Lüttgens sen. am 23. Jan. 1862 übernommene Bürgschaft aufgehoben worden, beantragt, und soll diese Aufhebung er-

folgt sein, als Karstadt und Lüttgens sich am 1. Octbr. 1862 getrennt hatten; die bisherige Firma Karstadt & Lüttgens habe aufgehört, es sei dieses, sowie daß Karstadt die Activa und Passiva der früheren Firma allein übernehme und das Geschäft unter der neuen Firma Karstadt & Comp. fortführe, den Geschäftsfreunden mittelst Circulair angezeigt und hätten der Kläger und Lüttgens sen. eine neue Bürgschaft für Karstadt & Comp. bei Großmann statt der früheren Bürgschaft für Karstadt & Lüttgens (am 27. October 1862) übernommen.

Da Kläger zugestanden hat, es sei ihm bekannt gewesen, daß bei der Auflösung der Societät unter den bisherigen socii vereinbart worden, Karstadt allein solle die Activa und Passiva der früheren Firma, also auch die Schuld bei Großmann übernehmen, und da Kläger in jetziger Instanz die Bürgschaftsacten vom 23. Januar 1862 und 27. October 1862, sowie die Rückbürgschaftsacte vom 29. Octbr. 1862 anerkennt, der Inhalt dieser Urkunden aber der beklagtischen Behauptung, daß die neue Bürgschaft die alte habe ersetzen, aber nicht die alte Bürgschaft neben der neuen fortbestehen sollen, günstig ist und die geschehene Aufhebung der früheren Bürgschaft auch noch durch andere actenmäßige Momente (z. B. die eigene Darstellung des Klägers auf p. 31 in [1] act. des O.-A.-Gerichts und die Zahlung der ganzen Schuld an Großmann ohne Berufung auf das beneficium divisionis) unterstützt wird: so ist allerdings schon jetzt für die Behauptung des Beklagten, die Bürgschaft vom 23. Januar 1862 habe nicht mehr bestanden, als Kläger die Zahlung an Großmann leistete, ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit vorhanden. Indessen konnte doch der Beweis der Aufhebung der Bürgschaft nicht schon für vollständig erbracht angenommen werden, vielmehr war dieserhalb noch auf Beweis zu erkennen, zumal dem Kläger die Möglichkeit nicht entzogen werden durfte, in dem ordnungsmäßigen Beweisverfahren die vom Beklagten beigebrachten Beweismittel in ihrer Wirkung zu entkräften; wobei selbstverständlich auch dem Be-

klagten freisteht, das Beweismaterial seinerseits noch zu vermehren.

Ist hiernach die Beschwerde des Beklagten, insofern sie auf sofortige Abweisung der Klage geht, nicht begründet, so war doch dieselbe insoweit zu berücksichtigen, daß der von dem Beklagten zu führende Beweis der Aufhebung der Bürgschaft ihm vollständig als Beweis einer Einrede, nicht, wie vom Handelsgerichte geschehen, nur gelegentlich des Gegenbeweises freigelassen werden mußte. Es ist diesem gemäß der bezügliche Beweissatz im Urtheile gefaßt worden und vernothwendigte sich dadurch zugleich, um das Verhältniß der Einwendungen und Gegenbehauptungen des Beklagten gegenüber den der Klage zu Grunde liegenden noch bestrittenen Behauptungen klar hervortreten zu lassen, eine entsprechende Modification der Fassung auch des Beweisthema für den klägerischen Beweis.

Dem Beklagten aber durfte — soviel die zur Frage stehende Einrede betrifft — nur die Thatsache zu beweisen auferlegt werden, daß die Bürgschaft vom 23. Jan. 1862 vor der Zahlung durch den Kläger aufgehoben worden. Daß Kläger bei der Zahlung an Großmann die Aufhebung der Bürgschaft gekannt habe, braucht Beklagter nicht zu beweisen, da, wenn Kläger bei der ihm bekannten Aufhebung der Societät zwischen Karstadt und Lüttgens, ohne vorher über die Fortdauer der Schuld- und Bürgschaftsverhältnisse bei den Schuldnern Erkundigung einzuziehen, an Großmann zahlte, er es an der ihm als Mandatar obliegenden Diligenz fehlen ließ, es mithin seine Sache war sich zu sichern, daß er eine wirklich bestehende Verbindlichkeit erfüllte.

V. Die zweite Beschwerde des Klägers in gegenwärtiger Instanz ist unbegründet; denn es wurde von ihm eine Bürgschaft für eine noch nicht existirende Schuld übernommen, und es gehört die Thatsache, daß Karstadt & Lüttgens den durch die Bürgschaft gedeckten Credit bei Großmann bis zu der eingeklagten Summe benutzt haben, daß also, was Beklagter nicht zugestanden hat, die Schuld der

gedachten Firma bis zu dem vom Kläger geforderten Betrage existent geworden, wesentlich mit zur Begründung seiner Regreßklage, und ist von ihm beim Fehlen des Zugeständnisses des Beklagten zu beweisen, nicht minder

VI. die Thatsache, daß Kläger als Bürge für Karstadt & Lüttgens gezahlt habe, so daß auch seine dritte Beschwerde zu verwerfen ist. Uebrigens irrt Kläger, wenn er meint, er könne diesen Beweis nicht anders führen, als wenn er zugleich mitbeweise, daß die ältere Bürgschaft (vom 23. Januar 1862) nicht aufgehoben worden.. Die Aufhebung dieser letzteren Bürgschaft zu beweisen, ist Sache des Beklagten, dem es außerdem frei bleiben muß, im Wege des Gegenbeweises darzuthun, daß Kläger als Bürge für Karstadt & Comp. gezahlt habe.

VII. Die vierte klägerische Beschwerde ist in ihrem ersten Theile (es seien die Worte „oder wie viel weniger" in den Beweissatz einzuschieben) unnöthig, da der Beweis auch ohne diesen Zusatz auf ein minus gerichtet werden darf; in ihrem zweiten Theile (es sei statt „bezahlt habe" zu sagen „befriedigt habe") ist sie völlig unmotivirt. Denn Kläger hat in erster Instanz überall nur eine Befriedigung des Großmann durch Zahlung behauptet, es konnte ihm daher auch nur seiner Behauptung entsprechend ein Beweis der Zahlung aufgelegt werden. Uebrigens hat Beklagter in jetziger Instanz sich dahin zustimmend erklärt, daß unter Zahlung nicht gerade Baarzahlung zu verstehen sei.

VIII. Dagegen ist die fünfte Beschwerde des Klägers begründet. Denn eine Aussetzung der Entscheidung über die Einwendung des Beklagten, er könne jedenfalls nur für die Hälfte der Forderung in Anspruch genommen werden, dem Kläger habe als Bürgen dem Gläubiger gegenüber die exceptio divisionis zugestanden, deren Vorschützung er nicht hätte unterlassen dürfen, ist durch Nichts gerechtfertigt, die Einwendung selbst aber als unbeachtlich zu verwerfen, so daß es dahin gestellt bleiben kann, ob Beklagter dieselbe schon excipiendo in genügender Weise vorgebracht hat. Denn

wenn auch der Beklagte darin Recht hat, daß der Kläger nicht als solidarisch verpflichteter Bürge anzusehen ist — Kläger verwechselt dauernd den selbstschuldigen mit dem solidarisch verpflichteten Bürgen —, so ist doch jeder von mehreren Mitbürgen ipso jure Schuldner auf das Ganze und steht es ihm frei, sich des beneficium divisionis zu bedienen oder nicht.

L. 17. 27. D. de fidejussoribus (46, 1.) § 4. J. de fidejussoribus (3, 20.)

Zahlte daher der Kläger trotz der ihm zustehenden Rechtswohlthat den ganzen Betrag der Schuld an Großmann, so that er dies auf seine Gefahr, war aber vollständig dazu berechtigt und er brauchte nicht zu berücksichtigen, ob der Beklagte rücksichtlich des zu nehmenden Regresses lieber seinen Vater (den Mitbürgen Lüttgens sen.) zum Gläubiger haben würde oder nicht. Dieses Interesse des Beklagten, so groß es sein mag, ist lediglich ein factisches, kein rechtlich in Betracht zu ziehendes. Wollte der Beklagte sich in dieser Beziehung sichern, so mußte bei der Constituirung der Bürgschaft das Erforderliche vereinbart werden. So wie die Bürgschaftsacte gefaßt ist, liegt der einfache Fall mehrerer Bürgen für dieselbe Hauptschuld vor und „inter fidejussores non ipso jure dividitur obligatio". An diesem Satze ist für den Fall einer Bürgschaft mehrerer in Bezug auf die Schuld eines Dritten entschieden auch nichts durch die Nov. 99 geändert, jedenfals aber für Hamburg durch Art. 8. 9. Statut. II., 6 die von einigen versuchte Auslegung dieser Novelle — daß nach derselben bei Mitbürgen nur noch eine obligatio divisa anzunehmen sei — reprobirt worden. Sonach war die Einwendung des Beklagten, daß er nur wegen der Hälfte dem Kläger gegenüber regreßpflichtig sei, zu verwerfen.

IX. Es erübrigt noch die Prüfung der dritten Beschwerde des Beklagten in voriger Instanz, mit welcher er die Berücksichtigung der Einrede begehrt, die von ihm in Betreff einer von Karstadt an den Kläger gegebenen Deckung vorgeschützt, vom Handelsgerichte aber mit Stillschweigen über-

gangen ist. Zur Begründung dieser Einrede hat Beklagter excipiendo nur Folgendes angeführt: „Ob Kläger überall verloren habe, sei noch zweifelhaft; denn er habe sich bedeutende Deckung von Karstadt geben lassen, das ganze Waarenlager sei ihm cedirt;" worauf Kläger replicirte: „er habe große Summen an Karstadt aus Darlehen zu fordern, darauf beziehe sich die von demselben empfangene Deckung, während er für die Bürgschaft ohne jede Deckung sei."

Weiter enthalten die Verhandlungen erster Instanz über diesen Punkt nichts, und wenn auch daraus, daß Beklagter nach dem handelsgerichtlichen Protocolle im ersten Verfahren auf diesen Einwand später nicht wieder zurückgekommen ist, ein Verzicht auf die Einrede nicht gefolgert werden kann, so fehlt es derselben doch an der genügenden thatsächlichen Begründung, da Beklagter nicht die Thatsache, daß Kläger wirklich Deckung auf die von ihm geleistete Zahlung aus dem Bürgschaftsversprechen von Karstadt empfangen habe, behauptet, sondern nur die Möglichkeit in unbestimmter Weise hingestellt hat, daß die an den Kläger von Karstadt gegebene Deckung sich vielleicht auch auf die fragliche Bürgschaft beziehen möge. Es ist diese Begründung um so mehr ungenügend, da Beklagter es auch nach der bestimmten Gegenbehauptung des Klägers, er habe Deckung für Darlehen empfangen, aber nicht für die Bürgschaft, bei derselben lediglich hat bewenden lassen, ohne seine Behauptung näher zu präcisiren. Auf die so unbestimmt vorgebrachte Einwendung des Beklagten kann daher vom Richter keine Rücksicht genommen werden.

X. Die Entscheidung über die Kosten der ersten Instanz ist erst nach Beendigung des Beweisverfahrens zu erlassen. Die Kosten der zweiten und dritten Instanz waren wegen des Wechsels der Entscheidungen in der Hauptsache zu compensiren.

27.

Compromißsache zwischen dem **Kurfürstenthum Hessen** als klagendem und der **Krone Preußen** als beklagtem Theile, die Landeshoheit über die am linken Weserufer belegene Ottenberger und Fülmer Masch und über einige Grundstücke am Hartler Berge, jetzt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neuer Thatsachen und Beweismittel betreffend.

Frist-Berechnung. Bei mehrmonatlichen gesetzlichen Fristen gilt ein Monat als ein Zeitraum von 30 Tagen. Dies ist aber auf richterliche und vertragsmäßige Fristbestimmungen nicht ohne Weiteres anwendbar; vielmehr kann hier je nach den Umständen auch eine Berechnung nach den Kalender-Monaten, bis zu dem entsprechenden Datum des Anfangspunktes, beabsichtigt sein.

Rechtsmittel der Wiedereinsetzung ex capite novorum in Austrägalsachen.

Zur Rechtfertigung desselben werden Thatsachen oder Beweismittel vorausgesetzt, welche erst nach Eröffnung des angefochtenen Urtheils zur Kenntniß der restitutionsuchenden Partei gekommen sind.

Sofortiges Erbieten zum Restitutions-Eide kann nicht als formelles Erforderniß angesehen werden.

Es genügt, wenn durch die beigebrachten nova auch nur in Verbindung mit dem früheren Acten-Material eine Abänderung der vorigen Entscheidung motivirt wird. Liefern die nova aber nur eine Bestärkung oder nähere Aufklärung von Thatsachen, welche bereits in dem angefochtenen Erkenntniß für ganz oder beziehungsweise unerheblich erklärt worden sind, so können sie keinen Anlaß bieten, die Richtigkeit dieser Beurtheilung abermals in Frage zu stellen.

Rechtsfall. Der ungewöhnliche Umfang der Sache gestattet nur so viel einleitend zu bemerken, als zum Verständ-

niß des in restitutorio ergangenen Erkenntnisses vom 27. April 1865 erforderlich ist.

Der streitige Bezirk — die Ottenberger und Fülmer Masch und einige Grundstücke am Hartler Berge, zusammen über 600 Morgen groß — ist nördlich von der Weser begrenzt, sonst aber durchweg von unbestritten Hessen-Schaumburgischem Gebiet (den Feldmarken der Stadt Rinteln, einiger wüsten Ortschaften und des ehemaligen Klosters Möllenbeck) umgeben, welches in schmalem Streifen zwischen die beiden Maschen eingreifend diese beiden Hauptstücke von einander trennt. Auf dem nördlichen (rechten) Ufer der Weser liegt das jetzt K. Preußische ehemalige Bisthum und Fürstenthum Minden, dessen östlichsten Theil die Feldmarken der zu Einem Rittergut gehörigen Dörfer Eisbergen und Fülme bilden. Alle drei streitige Districte sind unbewohnt, und bestehen je aus einer Mehrheit von Landstücken verschiedenen Umfangs (Aecker, Wiesen ꝛc.), von denen die allermeisten dem Gutsverbande von Gütern des rechten Weserufers angehören, als Pertinenzen des Rittergutes Eisbergen oder der Colonate von Eisberger und Fülmer Einwohnern.

Schon gegen die Mitte des vorigen Jahrhunderts hatte sich, in Folge von Differenzen über die Ausübung einzelner Hoheitsrechte, eine Correspondenz zwischen den Ministerien zu Berlin und Cassel entsponnen, welche die Landeshoheit über die Ottenberger Masch betraf, jedoch ohne Resultat ruhen blieb. Erst im Jahre 1833, als es zur Vollziehung von Erkenntnissen Kurhessischer Gerichte über einige im streitigen Bezirk belegene Pertinenzen des Rittergutes Eisbergen kommen sollte, knüpfte sich daran eine lebhafte Erneuerung des Hoheitsstreites. Es wurden in den folgenden Jahren ausführliche commissarische Verhandlungen gepflogen, welche zwar keine Erledigung der Sache selbst herbeiführten, aber die beiden Regierungen doch im Jahre 1840 zu der compromissarischen Vereinbarung veranlaßten, den zwischen ihnen obschwebenden Hoheits- und Grenzstreit zur schiedsrichterlichen Verhandlung und Entscheidung des gemeinschaftlichen Ober-

Appellationsgerichtes der freien Städte zu verstellen. Die Compromißacte vom 10. und 31. Januar 1840 bestimmte zugleich, daß die Kurhessische Regierung die Rolle des Klägers übernehmen werde, sowie ferner: es solle bei dieser Rechtssache „das nach der Proceßordnung des gedachten Gerichtshofes übliche Verfahren, wie solches zur Anwendung kommen würde, wenn die Sache im Wege des gewöhnlichen bundesausträgalgerichtlichen Verfahrens an dasselbe gelangt wäre, mit der Maßgabe zum Grunde gelegt werden, daß beiden Theilen nach abgegebenem laudo das remedium restitutionis binnen 6 Monaten a dato publicationis laudi, wobei jedoch nur Ein Schriftsatz zu verhandeln, zustehen solle."

Das erste Verfahren begann am 17. April 1841 mit Einreichung der Klage, und wurde am 24. Mai 1845 geschlossen. Obwohl mit den beiderseitigen Schriften die Einreichung der hauptsächlichsten Beweisdocumente verbunden worden war, so hielt das Ober-Apellationsgericht es doch für erforderlich, durch ein unter dem 20. Juli 1848 erlassenes Beweis-Interlocut beiden Theilen zur allseitigen Vervollständigung des Beweismaterials Gelegenheit zu geben. Das hierdurch veranlaßte förmliche Beweisverfahren wurde am 19. Juni 1854 geschlossen, und es erging nunmehr, unter Benutzung einer zu diesem Zweck im Jahr 1859 gedruckten Darstellung des Acteninhalts, folgendes Definitiv-Erkenntniß.

---

1) Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 14. Juli 1860.

Daß der beiden Hohen Regierungen durch Erkenntniß vom 20. Juli 1848 in possessorio et petitorio auferlegte Beweis, wie hiemit geschieht, auf Seiten des Kurfürstenthums Hessen für erbracht, auf Seiten dagegen der Krone Preußen für verfehlt zu erachten, und demgemäß die auf dem linken Weserufer den Preußischen Ortschaften Eisbergen und Fülme gegenüber belegenen Maschen, die Ottenberger und Fülmer Masch genannt, sammt den am Hartler Berge belegenen streitigen Grundstücken dem Kurfürsten-

thum Hessen als zu dessen Territorium gehörig und der Landeshoheit desselben unterworfen zuzusprechen seien, vorbehältlich jedoch, soweit in den streitigen Bezirken des linken Ufers hergebracht, des Besteuerungsrechts für die Krone Preußen, dafern solches nicht durch das zwischen beiden Hohen Regierungen getroffene, von der Krone Preußen unterm 9. Februar 1833 ratificirte Abkommen über gegenseitige Steuer-Ausgleichung der Grenz-Grundstücke als erledigt zu erachten sein sollte.

Die Kosten des Compromiß-Verfahrens werden gegen einander verglichen und aufgehoben, und soll der für eine Jede der Hohen Regierungen deren Anwälten zu insinuirenden Ausfertigung dieses Erkenntnisses und der Entscheidungsgründe die in letzteren in Bezug genommene gedruckte Darstellung des Acten-Materials nebst chartographischer Uebersicht des streitigen Bezirks in je drei Exemplaren beigefügt werden.

Die Entscheidungsgründe (509 Seiten) waren übersichtlich folgende.

1) Der vorliegende Proceß ist als judicium finium regundorum aufzufassen, für welches bei ungenügend aufgeklärtem Rechtsstande auch der bloße Besitz erhöhte Bedeutung gewinnt, wobei aber nach der Natur des Streitgegenstandes einerseits die einzelnen Besitzhandlungen mit Rücksicht auf die sehr allmählige Entwickelung der Landeshoheit zu prüfen sind, andererseits schon bloße Wahrscheinlichkeit entscheidend sein kann, und die privatrechtlichen Beweisregeln nicht in ihrer vollen Strenge zur Anwendung kommen dürfen.

2) Directe Beweisgründe für den wahren Lauf der Landesgrenze, oder für die Zugehörigkeit des streitigen Gebietes zu dem einen oder andern Staat, liegen weder in Zeugenaussagen noch schriftlichen Documenten noch äußeren Grenzzeichen vor. Insbesondere giebt auch die Grenzbeschreibung von 1641 (in dem beim Aussterben des Schaumburgischen Hauses erschienenen „Possessorium manifestum"), da sie mit mehreren Karten nicht in Einklang steht, nur einen

geringen Anhalt für Kurhessen. Eben so wenig findet sich von der einen oder andern Seite ein bindendes Anerkenntniß für die Landeshoheit des Gegners, und nur soviel ist Preußischerseits vor und im Proceß zugestanden worden, daß Kurhessen sich seit 1819 im Besitze des Hoheitsrechtes in Strom- und Uferbausachen befinde.

3) Die ältere Geschichte der fraglichen Wesergegend, soweit sie aus den Acten und litterarischen Hülfsmitteln zu entnehmen ist, bietet keinen Aufschluß über die Schaumburg-Minden'schen Grenzverhältnisse, insbesondere nicht darüber, ob in früheren Jahrhunderten das Gebiet des Stiftes Minden sich auf das linke Weserufer mit erstreckt habe. Die Preußische Behauptung, daß die Weser ehemals noch einen südlicheren Arm gehabt habe, von welchem das streitige Gebiet umfaßt worden sei, findet zwar einige Unterstützung; die behauptete Veränderung fällt aber in zu weite Vergangenheit zurück, und ist in ihrer localen Beschaffenheit sowie ihrer Beziehung zur Territorialgrenze viel zu wenig aufgeklärt, als daß ein selbstständiger Werth darauf gelegt werden könnte. Von noch geringerer Erheblichkeit für den jetzigen Hoheitsstreit ist der Flurverband, welcher die Fülmer Masch entschieden zu dem Preußischen Dorfe Fülme, den oberen Hartlerberg zur Stadtgemeinde Rinteln zieht, hinsichtlich der Ottenberger Masch aber ganz zweifelhaft ist; ferner der Umstand, daß die im streitigen District belegenen Grundstücke zum großen Theile Pertinenzen des Gutes Eisbergen und Preußischer Colonate in Eisbergen und Fülme sind; endlich die Minden'sche Lehnsherrlichkeit über das Gut Eisbergen.

4) Kommt hienach Alles auf den Besitzstand, d. h. die Ausübung der verschiedenen Hoheitsrechte in dem streitigen District an, so ist zunächst ausgemacht, daß Preußen sich im ausschließlichen Besitze des Steuerregals befindet, und zwar von jeher hinsichtlich der zu den Colonaten am rechten Ufer gehörigen Ländereien, bei denen allem Anscheine nach eine im 17. Jahrhundert erfolgte Katastrirung zu Grunde liegt, und in neuerer Zeit auch hinsichtlich der ehemals steuerfreien

Pertinenzen des Gutes Eisbergen. (Unter den Beweismomenten für diesen Besitzstand werden unter andern auch hervorgehoben: die aus den Feldregistern von 1753 ersichtliche Kataster-Revision, und die in einer Urkunde der Regierung zu Minden von 1690 enthaltene Anerkennung der Steuerfreiheit des Steinbrinks.) Nur für die am oberen Hartler Berge belegenen, an unstreitig Hessisches Gebiet angrenzenden Ackerstücke ist dies nicht ganz sicher. Ein so wichtiges Zeichen der Landeshoheit indessen im Allgemeinen im Steuerbezug liegt, so kommt doch hier in Betracht, daß es sich nicht um selbstständige Grundstücke, sondern um Pertinenzen von im Preußischen belegenen Hauptgütern handelt. Nach der Entwicklung der Deutschen Steuerverfassung war es aber etwas ebenso Erklärliches, als früher bis zu den Purificationen der neueren Zeit Gewöhnliches, daß von allen Bestandtheilen geschlossener Güter die Steuer an den Staat entrichtet wird, welchem das Hauptgut unterworfen ist („die Steuer folgt dem Pfluge.") Dieses System ist auch an der Kurhessischen Grenze, und selbst zwischen Kurhessen und Preußen an unstreitigen Stellen, erwiesenermaßen mehrfach zur Anwendung gekommen. Der Beweis, daß die hier fraglichen Grundstücke, obwohl sie zum Behuf der Steuer speciell taxirt sind, einer separaten Veranschlagung der Steuer unterworfen seien, ist mißlungen. Der andere Beweis, daß einige in unstreitigem Hessischen Gebiet belegene Ackerstücke Preußischer Unterthanen nach Hessen steuern, ist zwar geführt, aber unerheblich, weil nicht feststeht, daß diese Ackerstücke wirkliche Pertinenzen von Colonaten des rechten Weserufers sind. Unter diesen Umständen kann der Preußische Steuerbezug auf einer bloßen Staatsrechtsdienstbarkeit beruhen und läßt keinen Schluß auf Landeshoheit zu.

5) Die Strom- und Uferhoheit längs der Maschen ist vor der Mitte des vorigen Jahrhunderts mehrfach von Hessen ausgeübt worden; sie hat sich dann freilich von 1764 bis 1819 in ausgedehntester Weise, wenngleich nicht ganz ausschließlich, im Besitze Preußens befunden; daraus läßt

sich aber nur für den Strom selbst einschließlich des linken Uferrandes, und nicht für den jetzt streitigen District eine Folgerung zu Gunsten Preußens ziehen. Dazu kommt aber noch die schon erwähnte Aenderung von 1819, indem von da in Folge eines Zugeständnisses der Preußischen Regierung zu Minden die Strombefahrungen und Uferbauten eine Zeitlang als gemeinsame Angelegenheit behandelt wurden, die Hessischen Behörden aber im weiteren Verlauf die Ausübung der Stromhoheit immer mehr an sich zu ziehen und die Preußische Concurrenz zu beschränken gewußt haben. Dieser Hessische Besitzstand bildet daher ein gewichtiges Unterstützungsmoment für die Entscheidung der Streitfrage.

6) Vorzugsweise kommt es hienach auf die Ausübung der Justizhoheit und Polizeigewalt an. Ohne selbstständigen Werth sind in dieser Hinsicht diejenigen Acte der einen und andern Seite, welche in die Jahre 1740 bis 1756 fallen und Gegenstand einer damaligen Hoheitsdifferenz zwischen beiden Regierungen waren; und gänzlich unberücksichtigt zu lassen sind die erst nach Ausbruch der jetzigen Hoheitsdifferenz vorgekommenen Besitzacte, wofür als der entscheidende Tag der 30. Juli 1833 anzuerkennen ist, wie auf Grund eines an diesem Tage übergebenen Protestes der Regierung zu Minden gegen fernere Hoheitsausübung Kurhessens schon im Beweisinterlocut ausgesprochen wurde. Gleichfalls auszuscheiden sind solche Handlungen, von denen es gewiß oder wahrscheinlich ist, daß andere Rechte als die der Landeshoheit dadurch ausgeübt wurden; so auf Seiten Kurhessens die Ausübung einer gemeinschaftlichen Weserzoll-Gerichtsbarkeit in den Jahren 1824 und 1825, auf Seiten Preußens der fast hundertjährige Lehnsproceß zwischen den von Zertzen'schen Allodialerben und den Rinteler Agnaten über das Gut Eisbergen. Auszuscheiden sind endlich diejenigen Acte, deren Beziehung auf bestimmte Theile des streitigen Districts unklar bleibt. Dahin gehört Hessischerseits die Ertheilung von Jagd- und Waffenscheinen für die Gegend des linken Weserufers; Preußischerseits namentlich die Sequestration des

Gutes Eisbergen im Jahre 1825 und der ihr 1821 vorangegangene Arrest auf die Gutseinkünfte, indem hiebei eine specielle Verfügung über die Pertinenzen des linken Weserufers nicht ersichtlich ist. Es gehört hierher aber insbesondere auch, was Preußen aus seiner bestehenden Hypothekeneinrichtung herzuleiten sucht. Zwar steht die Führung der Preußischen Hypothekenbücher ausschließlich dem forum rei sitae zu und erstreckt sich auch auf die Regulirung des Besitztitels; es ist daher unrichtig, die Ausübung dieses Zweiges der Jurisdiction aus der Personalsubjection und dem Belieben der in Preußen ansässigen Besitzer der Masch-Grundstücke erklären zu wollen. Auch ist es, abgesehen von den Parcelen des oberen Hartler Berges und den zunächst daran grenzenden Ackerstücken, hinlänglich constatirt, daß die innerhalb des Streitbezirkes im Besitz des Gutes Eisbergen oder Preußischer Colonen befindlichen Grundstücke sämmtlich und lediglich in den Preußischen Hypothekenbüchern vermerkt oder eingetragen stehen. Allein das darin zu Gunsten Preußens liegende Moment wird schon sehr dadurch geschwächt, daß die vollständige Regulirung der Hypothekenbücher erst aus neuester, dem jetzigen Hoheitsstreit nicht viel vorangegangener Zeit datirt, ist auch insofern kein selbstständiges, als die Eintragung nur auf Grund des Katasters von 1753 erfolgt ist, bestehend aus Flurregistern von Eisbergen und Fülme, die zunächst zu finanziell-wirthschaftlichen Zwecken eingerichtet, in ihrem Ursprung dunkel, in der Fortführung ungenau, für andere als Flur- und Communalverhältnisse keine sichere Basis bilden. Entscheidend gegen die Erheblichkeit ist sodann, daß, wie mehrere Documente und Zeugenaussagen annehmen lassen, die zu den betreffenden Colonaten gehörigen Ackerstücke des linken Weserufers nur als Pertinenzen zum Behuf näherer Designation auf dem Folium des Hauptgutes mit aufgezählt sind. Nach der Preußischen Gesetzgebung sollen aber Pertinenzstücke und Gerechtigkeiten eines geschlossenen Gutes der Regel nach in dem Hypothekenbuch, in welchem letzteres eingetragen ist, nicht besonders vermerkt werden;

sofern sie jedoch unter einer andern Gerichtsbarkeit liegen und deshalb in einem andern Hypothekenbuche eingetragen sind, sollen sie auf dem Titelblatt des Hauptgutes mit Benennung der Jurisdiction vermerkt werden. Jenes Ergebniß der Beweisführung bietet daher eher ein Argument gegen die Preußische Hoheit dar. Nur insoweit ist Ausübung einer Jurisdictionsgewalt anzunehmen, als einige der fraglichen Grundstücke speciell bei Veräußerungen, Verpfändungen u. s. w. Gegenstand hypptheкarischer Gerichtsacte geworden sind, wofür jedoch nur aus neuerer Zeit Beispiele vorliegen.

7) Nach Ausscheidung der vorstehend bezeichneten Vorgänge bleibt folgende Zusammenstellung der gerichtlichen und Verwaltungsacte übrig, die vom obigen Standpunkt aus genügt, um, vorbehältlich einer die Besteuerung betreffenden Beschränkung, hinsichtlich des ganzen streitigen Bezirkes den Ausschlag zu Gunstens Kurhessens zu geben.

a) Für die Ottenberger Masch liegt ein erheblicher Besitzact Preußens vor dem Jahre 1740 überhaupt nicht vor. In Frage könnten nur stehen zwei bischöflich Minden'sche Documente, der Hausberger Receß von 1567 und die zum Verkauf des Steinbrinks an den Canzler Bessel ertheilte Confirmationsacte von 1621; aber die erstere Urkunde ist bedeutungslos, weil die Lage des Werders und des Fischwehrs, worauf sie sich bezieht, völlig ungewiß bleibt, die letztere deshalb, weil sie allen Umständen nach nur einen Verzicht auf die Lehnsherrlichkeit über den Steinbrinck bezweckte, ohne sich irgend als ein Act der Landeshoheit darzustellen.

Dagegen liegen Hessischerseits aus derselben Zeit vor:

1) die Bestätigungsurkunde des Grafen von Schaumburg vom 7. April 1624 zu der Schenkung des Steinbrinks an den Canzler Bessel und zur Veräußerung desselben an das Gut Eisbergen, worin sich der Graf auf sein landesfürstliches Alluvionsrecht stützt;

2) die im letzten Viertel des 17. Jahrhunderts zwischen den Besitzern von Eisbergen und den Schaumburgischen Behörden gepflogenen Verhandlungen über Alluvionen, einen weiteren

Anwachs des Steinbrinks betreffend, denen sich ergänzend die damalige Ausübung der Stromhoheit durch die Schaumburgischen Behörden anschließt;

3) die in den Jahren 1704 bis 1708 wegen Feld- und anderer Frevel auf dem linken Ufer bei dem Amte Schaumburg verfügten und verrechneten Geldbußen, darunter besonders der Fall n. 1 die Wegführung eines Knechtes aus der Masch in's Mindensche betreffend;

4) der bei der Canzlei zu Rinteln damals anhängig gemachte Proceß zwischen dem Hessischen Fiscus und den Besitzern des Gutes Eisbergen über das diesem Gut auf dem linken Weserufer zustehende Jagdrecht, indem die gedachte Canzlei allen Umständen nach als forum rei sitae angegangen wurde, und jedenfalls die Anwendbarkeit der Hessischen Gesetzgebung und Jagdvorschriften nicht bloß vom Fiscal in Anspruch genommen, sondern auch von den Gerichten anerkannt wurde;

5) mehrere landespolizeiliche Anordnungen, aus den Jahren 1731 bis 1739, betreffend die Ansiedlung Preußischer Unterthanen auf dem linken Ufer, wobei selbst Preußischerseits die Hessische Landeshoheit stillschweigend vorausgesetzt wurde, ferner die Wegnahme des veränderten Fährpfahles auf dem Steinbrink, endlich als prägnanter Schlußpunkt die Demolition der von Eisberger Grundbesitzern auf dem linken Ufer errichteten Sommerhütten und Ställe, nebst Ablieferung des Hans Hinrich Korff an die Preußische Behörde auf dem rechten Ufer.

Aus allen diesen Vorgängen ergiebt sich vor 1740 ein althergebrachter unangefochtener Besitzstand Kurhessens. Eine Aenderung desselben ist aber auch für die spätere Zeit, wenn man von der Ausübung der Stromhoheit von 1764 bis 1819 absieht, nicht nachgewiesen. Hessen hat gegen eine Preußische Pfändung auf dem Steinbrink als Eingriff in seine Jurisdiction protestirt, und sich selbst zur gemeinschaftlichen Anfertigung eines Risses über den streitigen Bezirk nicht verstanden, auch im Laufe des vorigen Jahrhunderts noch einzelne hoheitliche Acte ausgeübt, so die Wiederaufnahme des

Jagdprocesses und die gerichtlichen Verhandlungen zwischen v. Arnstädt und v. Schellersheim über den Verkauf des Gutes Eisbergen. Von Seiten Preußens liegt aus derselben Zeit nichts vor, als die Differenz zwischen dem Gut Eisbergen und der dortigen Bauerschaft über Behütung der Ottenberger Masch vom Jahr 1793, wobei es sich aber nur um einen Flurfrevel und ein Einschreiten der Gutsherrschaft handelte. Aus dem jetzigen Jahrhundert seit Beendigung der Französischen Zwischenherrschaft hat Hessen für sich: die Confirmations- und Währschaftsacte von 1825 zu den Schellersheim'schen Schenkungen an die Gräfin Lecco, sowie die aus diesen Schenkungen vor dem Rinteler Gericht erwachsenen Processe, ferner das Einschreiten des Landgerichts Rinteln im Jahre 1831 wegen unbefugter Pfändung von Aalschnüren Kurhessischer Fischer, endlich die Polizeistreifereien gegen Vagabunden in dem ganzen Streitbezirk. Preußischerseits liegt dagegen aus dieser Zeit nichts vor, als daß in den Jahren 1819 und 1829 über ein dem Eisberger Colonen B. Korff gehöriges, in der Ottenberger Masch belegenes Landstück zwischen ihm und zwei benachbarten Ackerbesitzern vor dem Stadtgericht zu Minden processirt worden ist, worauf jedoch bei den persönlichen Verhältnissen der streitenden Theile und ihrer Preußischen Steuerpflichtigkeit kein erhebliches Gewicht zu legen ist.

Nach dem Allen spricht die überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Ottenberger Masch von Alters her als Theil des Hessischen Staatsgebietes gegolten habe, wie sie denn in vielfachen Documenten auch so bezeichnet ist, und was durch den Lauf der Weser als der wahrscheinlichen alten Grenze noch unterstützt wird.

b) Hinsichtlich der Fülmer Masch würde schon die gleiche Lage und Beschaffenheit einer gleichen Beurtheilung das Wort reden. Auch hier ist aber der Besitzstand überwiegend zu Gunsten Kurhessens. Sieht man vom Steuerbezug und der Stromhoheit ab, so liegt Preußischerseits kein einziger erheblicher Besitzact vor. Einige das Hypotheken

wesen betreffende Zeugenaussagen und Documente erwähnen auch Fülmer Parcelen; es fehlt aber an jedem Nachweis, daß sie speciell Gegenstand einer Berichtigung des Besitztitels oder einer Verpfändung geworden seien. Was in administrativer Hinsicht geltend gemacht worden ist, hängt entweder mit der Stromhoheit zusammen, oder ist für die Territorialfrage unerheblich, wie die Nichtbeachtung der Hessischen Festtagsordnung und die alleinige Handhabung der Feldpolizei. Unklar geblieben endlich ist die Aufgreifung von Militärpflichtigen.

Kurhessischerseits ist freilich auch manches Unerhebliche geltend gemacht worden, wie die Untersuchung von Huthfreveln im Jahre 1826, die Untersuchung wegen eines verunglückten Schiffes im Jahre 1827, die Erledigung einer Beschwerde wegen Uferbaues 1820, Herstellung einer Leinpfadsbrücke 1831, endlich die zwischen beiden Theilen gepflogenen Verhandlungen über die der Feldflurpolizei angehörige Reinigung der alten Weser 1788 und 1802. Dagegen ist von Erheblichkeit

1) in jurisdictioneller Hinsicht, daß der vieljährige Jagdproceß von Anfang an die Fülmer Masch mit zum Gegenstand gehabt hatte, sowie daß die Schenkung des Büntenortes an die Gräfin Lecco von den Hessischen Gerichten bestätigt und die daraus entstandenen Processe vor ihnen verhandelt worden sind;

2) in administrativer Hinsicht, daß die Gensd'armeriestreifereien sich auch auf die Fülmer Masch erstreckt haben, und daß im Jahre 1824 vor den Rinteler Behörden auf Anlaß Preußischer Angehörigen über Huthfrevel verhandelt und eine in der Fülmer Masch vorgenommene Pfändung bestätigt worden ist.

Dazu kommt noch, daß von der Preußischen Regierung im ganzen vorigen Jahrhundert auf die Hoheit über die Fülmer Masch keinerlei Anspruch erhoben worden ist, selbst nachdem die Hessische Regierung in einem Schreiben von 1745 den Weserstrom von Rinteln abwärts bis an die Lippe'sche

Grenze auf das Bestimmteste als Grenze der beiderseitigen Gebiete in Anspruch genommen hatte.

c) Mit dem Bisherigen ist hinsichtlich der streitigen Grundstücke am Hartler Berge die Entscheidung von selbst gegeben. Theils würden sie, wenn die Ottenberger Masch Hessisch ist, eine getheilte Enclave bilden, theils treffen bei ihrer Lage, und nach dem unklaren Ergebniß des Beweises über die Steuerleistung, nicht einmal die Momente zu, welche hinsichtlich der Maschen durch den Besitz einzelner Hoheitsrechte den Preußischen Ansprüchen einigen Schein verleihen. Ueberdies ist dieser Theil des Streitbezirks erst nach Beginn des jetzigen Processes in den Bereich des Streites gezogen worden, und es hätte der Anspruch der Krone Preußen deshalb um so gewichtigerer Rechtfertigungsgründe bedurft.

8) Als Schlußresultat ergiebt sich, daß der Beweis der Krone Preußen für mißlungen zu erklären, dagegen die Zubehörigkeit des Streitbezirks zum Schaumburgischen Landesgebiet für genugsam dargethan zu erachten war, um darauf hin den Weserstrom für die Grenze zwischen den beiderseitigen Territorien zu erklären, die vom Kurfürstenthum Hessen erhobenen Ansprüche auf Landeshoheit als wohlbegründet anzuerkennen, und demselben solchergestalt das ganze streitige Gebiet definitiv zuzusprechen.

Dabei aber mußte, während alle privatrechtlichen Befugnisse selbstverständlich unberührt bleiben, in Betreff des auf dem linken Ufer wenn auch nur kraft Staatsdienstbarkeitsrechtes von der Krone Preußen hergebrachten Steuerbezugs ein besonderer Vorbehalt als durch die Sachlage geboten erscheinen. Schon vor dem Proceß ist zwischen beiden Theilen ein Staatsvertrag abgeschlossen worden, vermöge dessen vom 1. Jan. 1833 ab das sogenannte Purificationssystem durchgeführt werden soll. Es ist aber nach den Erklärungen der Parteien zweifelhaft, ob derselbe auch auf solches Gebiet Anwendung finden sollte, welches erst zu einem unstreitigen werden würde. Die Erledigung dieses Zweifels fällt aber nicht unter die durch die Compromißacte bestimmte Competenz

des Gerichtes. Es mußte daher die Fortdauer des Preußischen Steuerbezuges vorbehalten werden, jedoch natürlich nur in den Grenzen der bisherigen Uebung und ohne der Frage zu präjudiciren, ob jenes Abkommen auf den vorliegenden Fall anwendbar oder wie die Sache durch ein weiteres Rechtsverfahren oder ein neues Abkommen zu erledigen sei.

Dieses Erkenntniß wurde am 28. Juli 1860 beiden Theilen insinuirt. Der Anwalt der Krone Preußen zeigte am 20 December 1860 an, daß er beauftragt sei, dagegen das noch zustehende remedium restutitionis zu interponiren, und bat, die Frist zur Einführung und Rechtfertigung desselben auf 3 Monate zu verlängern. Nachdem jedoch das O.-A.-Gericht unter dem 24. ejusd. sich zu dieser Fristerstreckung ohne Zustimmung der Kurhessischen Regierung nicht für ermächtigt erklärt hatte, reichte der Preußische Anwalt am 26. Januar 1861 die Einführungs- und Rechtfertigungsschrift nebst mehreren Documenten ein. Der Inhalt derselben ist aus den unten folgenden Entscheidungsgründen zu entnehmen. In der Gegenschrift des Kurhessischen Anwaltes wurde das Rechtsmittel als versäumt bezeichnet und die Erheblichkeit der geltend gemachten nova bestritten.

2) Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 27. April 1865.

Daß zwar die Frist des von dem Anwalt der Krone Preußen wider das Erkenntniß vom 14. Juli 1860 ergriffenen Rechtsmittels der Restitution für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das gedachte Rechtsmittel als unbegründet zu verwerfen sei.

Entscheidungsgründe.

Von dem in der Compromiß-Acte vom 10./31. Januar 1840 erklärten Vorbehalte Gebrauch machend, hat der Anwalt der Krone Preußen gegen das am 28. Juli 1860 in-

firmirte schiedsrichterliche Urtheil des O.-A.-Gerichtes vom 14. desselben Monats das remedium restitutionis ergriffen, und dasselbe am 26. Januar 1861 eingeführt und gerechtfertigt. Die für dieses Rechtsmittel in der Compromiß-Acte vereinbarte Frist von 6 Monaten a dato publicationis laudi mußte, des vom Anwalte des Kurfürstenthums Hessen dawider erhobenen Widerspruchs ungeachtet, für gewahrt erachtet werden, weshalb auf eine Prüfung des nach erfolgtem Actenschluß von dem Preußischen Anwalt eingereichten eventuellen Restitutionsgesuches nicht eingegangen zu werden brauchte.

Handelt es sich um die Berechnung einer durch eine Anzahl von Monaten bezeichneten gesetzlichen Frist, so ist gemeinrechtlich dabei allerdings nach der richtigeren Ansicht der Monat ohne Unterschied als ein Zeitraum von 30 Tagen aufzufassen. Diese Ansicht wird nicht nur durch eine Reihe unzweideutiger Beispiele solcher Berechnung in den Quellen bestätigt, sondern ist auch in der Doctrin von jeher die herrschende geblieben.

Vgl. Savigny, Syst. IV. S. 337--340; 392--399.

Ausdrücklich adoptirt wurde dieselbe für die Berechnung der Appellations-Fatalien beim Reichs-Kammergericht durch die

K.-G.-O. v. 1555. Th. II. Tit. 30. § 4. (vgl Concept v 1613. Th. II. Tit. 33. § 3)

Allein die erwähnten Quellen-Aussprüche beziehen sich auch nur auf die Feststellung gesetzlicher Fristen, und es ist unrichtig, mit einzelnen älteren Schriftstellern eine absolute Vorschrift daraus herzuleiten, welche auch auf richterliche und vertragsmäßige Fristbestimmungen ohne weiteres anwendbar wäre. Was unter dem Ausdruck „Monat" verstanden sei, hängt vielmehr hier offenbar von dem Sprachgebrauch ab, welcher den Umständen nach als derjenige der die Frist bestimmenden Personen vorausgesetzt werden muß. Dabei ist aber die übliche Kalender-Einrichtung von wesentlichem Einfluß. Während es nach dem römischen Kalender, wegen der Bezeichnung der Monatstage nach ungleichen Abschnitten, immer das nächstliegende und sicherste war, unter dem Aus-

druck „Monat“ den festen Zeitraum einer bestimmten Anzahl Tage zu begreifen, änderte sich dies, seitdem man gewohnt geworden war, die Monatstage in einer Reihenfolge fortzuzählen. Jetzt bot sich für ein- oder mehrmonatliche Fristen als viel einfacher und natürlicher die Berechnung dar, wonach ohne weiteres die jedesmaligen Kalender-Monate zu Grunde gelegt werden, und der Endpunkt der Frist auf den Tag des späteren Monats fällt, welcher mit dem Monatstage des Anfangspunktes die nämliche Zahl führt. Es ist begreiflich, daß diese Berechnungsart — deren Möglichkeit nach l. 2. C. Th. de decurionibus. (12, 1) schon im römischen Rechtsleben wenigstens in Frage kam — sich sehr früh Eingang verschaffte, wie sie denn von Juristen des 17. Jahrhunderts als eine ziemlich verbreitete erwähnt wird, und nach den bei Savigny (a. a. O. S. 342 not. s) ersichtlichen Citaten auch schon früher ihre Vertheidiger gehabt hat. Gewiß ist, daß sie namentlich beim Reichshofrath, wo schriftliches Verfahren in Fristen stattfand, recipirt war,

Schmelzer, Contumac.-Proc. S. 40. not. v.
Danz, Reichsgerichts-Proc. § 195. not. b.

und daß der Versuch, sie selbst bei gesetzlichen Fristen, z. B. den Appellationsfatalien, in Anwendung zu bringen, auch bei einzelnen Landesgerichten Erfolg hatte.

Mevius, decis. P I. dec. 231.

Bei vertragsmäßigen Fristen wird sich ein constanter Sprachgebrauch nicht nachweisen lassen, und nur beim Wechselverkehr ist die Berechnung nach dem entsprechenden Monatstag a dato schon länger die überwiegend gebräuchliche,

vgl. Thöl, Handelsr. II § 166.

wie sie denn auch in § 32 der Allgem. D. Wechsel-Ordnung Aufnahme gefunden hat.

Geht es nun auch wohl zu weit, wenn manche Schriftsteller die Berechnung nach Monatstagen bei richterlichen und vertragsmäßigen Fristen geradezu als die maßgebende annehmen,

Mühlenbruch, Pandecten I. § 85.
Savigny, a. a. O. S. 341—343.

so hat man sie wenigstens als eine vielfach gebräuchliche und der Willensmeinung der Betheiligten nahe liegende zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um eine vertragsmäßige Fristbestimmung. Diese Eigenschaft bleibt die entscheidende, ungeachtet die Vereinbarung nur die Abkürzung einer gesetzlichen Verjährungsfrist, des gemeinrechtlichen und in dem Bundesbeschluß vom 3. August 1820 Art. 6 für Austrägalsachen beibehaltenen quadriennium restitutionis, zum Zweck hatte. Denn da die fragliche Verjährungsfrist nach Jahren bestimmt ist, wobei die Bedeutung des „Monats" gar nicht in Frage kommt, so kann die hierüber bestehende gesetzliche Regel auch nicht auf die nach Monaten bemessene abgekürzte Frist übertragen werden. An sich würde es vielmehr darauf ankommen, was die Contrahenten, indem sie an die Stelle von 4 Jahren eine etwa halbjährige Frist setzten, unter dem zu diesem Zweck gebrauchten Ausdruck „sechs Monate" verstanden haben. Da indessen eine specielle Erläuterung der Vereinbarung in dieser Hinsicht nirgends vorliegt, sich auch nicht etwa nachweisen läßt, daß in den beiderseitigen Staaten sich ein gleichmäßiger Sprachgebrauch darüber festgestellt habe, so fehlt es an entscheidenden Anhaltspunkten zur Ermittlung des concreten Willens der Contrahenten; die Möglichkeit, daß man 6 mal 30 Tage im Sinne gehabt habe, steht auf gleicher Stufe mit der andern, daß 6 Kalendermonate ins Auge gefaßt worden seien. Die rechtliche Folge davon kann nur die sein, daß dem restitutionsuchenden Theile die etwas längere Frist, also die nach Kalendermonaten berechnete, welche erst mit dem 28. Januar 1861 ablief, zu Statten kommen muß, weil es an dem Beweise fehlt, daß die kürzere Frist gewollt sei, das Rechtsmittel also innerhalb dieser kürzeren nur bis zum 24. Januar 1861 reichenden Frist bei Vermeidung der Desertion hätte eingebracht werden müssen.

Dieses Resultat findet aber auch in dem Verhalten der beiden streitenden Theile während des jetzigen Processes eine

erhebliche Unterstützung. Die in dem Beweisurtheil vom 20. Juli 1848 vorberaumte Beweisfrist von 6 Monaten und deren wiederholte Verlängerung um den gleichen Zeitraum ist nämlich von beiden Theilen stets übereinstimmend dahin aufgefaßt worden, daß der Ablauf sich lediglich nach dem entsprechenden Datum des Kalendermonats bestimme, und das O.=A.=Gericht hat diese Auffassung stillschweigend gebilligt. Insbesondere hat der Kurhessische Anwalt schon in seinem ersten Fristgesuch und ebenso in seinem zweiten den bevorstehenden Ablauf der Frist ausdrücklich in der angegebenen Weise bezeichnet, und beide Theile haben bei Ueberreichung ihrer Beweisantretungsschriften dasselbe gethan, wie denn auch der Kurhessische Anwalt seine Schrift erst am letzten Tage der so berechneten Frist einreichte. Ferner wurde zur wechselseitigen Erklärung über die Beweisantretungen abermals eine sechsmonatliche Frist gegeben, und auch hier erbat der Kurhessische Anwalt unter Berufung auf die nämliche Berechnung eine Fristerstreckung, welche ihm theilweise bewilligt wurde. Dasselbe wiederholte sich endlich bei Verlängerung der sechsmonatlichen Frist zum Deductionsverfahren.

Kann auch aus diesem Hergang nicht unmittelbar ein Rückschluß auf den Sinn der Vereinbarung in der Compromißacte gemacht werden, so kommt doch in Betracht, daß die streitenden Theile keinen Anlaß hatten, etwa bei dem O.=A.=Gericht einen besonderen für die fragliche Berechnungsart sprechenden Gerichtsgebrauch vorauszusetzen, daß vielmehr ihr Verhalten nur aus der Meinung hervorgegangen sein kann, die Berechnungsart nach Kalendermonaten entspreche dem, was in Ermangelung specieller gesetzlicher Vorschrift der Ausmessung monatlicher Fristen präsumtiv zu Grunde zu legen sei, und daß daher die Wahrscheinlichkeit, es werde auch bei der Vereinbarung der eventuellen Restitutionsfrist in der Compromißacte die gleiche Ansicht obgewaltet haben, hierdurch wesentlich verstärkt wird.

Was sodann die Sache selbst betrifft, so war vorerst

A. die Vorfrage aufzuwerfen, wie das Vorbringen, welches zur Begründung des eingeführten Rechtsmittels benutzt werden soll, nach Stoff und Form beschaffen sein müsse, um als ein zulässiges zu erscheinen.

Die Compromißacte selbst hat im Allgemeinen für den Proceßgang in dieser Sache auf das Bundesausträgalgerichtliche Verfahren als das analog anwendbare verwiesen, in Bezug auf eine Anfechtung des abzugebenden Schiedsspruches aber sich darauf beschränkt, das „remedium restitutionis“ zu benennen, mit der Maßgabe, daß es binnen 6 Monaten anzubringen und von den Parteien nur je ein Schriftsatz dabei zu verhandeln sei. Mittelst Schreibens an das Kurfürstlich Hessische Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten vom 27. April 1840 sprach jedoch das Ober-Appellationsgericht die Voraussetzung aus, daß unter diesem remedio restitutionis nicht etwa eine bloße Revision auf Grundlage der früheren Verhandlungen, sondern lediglich die in Art. 6 des Bundestagsbeschlusses vom 3. August 1820 erwähnte, hier nur in Ansehung der Zeitfrist beschränkte Restitution wegen neu aufgefundener Thatsachen und Beweismittel verstanden worden sei; sowie, daß durch die Beschränkung der Parteien auf einen Schriftsatz dem Gerichte die Befugniß nicht habe entzogen werden sollen, von den hohen streitenden Theilen annoch nähere Erklärungen über bestimmte Punkte zu fordern und das durch den Restitutionsantrag etwa nöthig werdende Beweisverfahren einzuleiten. Das Einverständniß beider streitenden Theile mit diesen Voraussetzungen leidet keinen Zweifel. Denn wenn auch eine directe Erklärung darüber an das Ober-Appellationsgericht nur von Seiten des Kurfürstl. Hessischen Ministeriums mittelst Schreibens vom 10. Juni 1840 ergangen ist, so wurde doch nicht nur in eben diesem Schreiben ausdrücklich versichert, daß auch das K. Preußische Ministerium in der deshalb mit ihm gepflogenen Correspondenz sich damit einverstanden erklärt habe, sondern es ist auch im Verlauf der Sache keine Erinnerung des K. Preußischen Anwalts dagegen

erhoben worden, ungeachtet demselben die beiden zwischen dem Compromißgericht und dem Kurfürstl. Ministerium zu Cassel gewechselten Schreiben vom 27. April und 10. Juni 1840 bei Zufertigung der Klagschrift mittelst Bescheides vom 27. April 1841 abschriftlich mitgetheilt worden sind, und in dem rechtskräftigen Beweisinterlocut vom 20. Juli 1848 die Nothwendigkeit der Einleitung eines Beweisverfahrens namentlich mit darauf gestützt wurde, daß laut jenes Schreibens vom 10. Juni 1840 das vorbehaltene Rechtsmittel der Restitution auf den Gebrauch neu aufgefundener Beweismittel beschränkt sei.

Hieraus ergeben sich folgende Sätze:

1) Das Rechtsmittel kann nur durch ein Vorbringen gerechtfertigt werden, welches dem thatsächlichen Stoff der bisherigen Verhandlungen etwas Neues hinzufügt. Ausgeschlossen bleiben also alle Versuche, durch wiederholte oder verbesserte Deductionen die richterliche Beurtheilung, welche das bisherige Actenmaterial in dem Schiedsspruch erfahren hat, einer abermaligen Prüfung zu unterwerfen und als unrichtig darzustellen. Dies liegt klar in der bemerkten Erläuterung der Compromißacte, und entspricht auch der subsidiarisch maßgebenden reichsgesetzlichen Begrenzung des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung ex capite novorum.

Vgl. Gönner, Handb. des Proc. III. Abh. 66. § 10.
Linde, Handb. der Lehre von den Rechtsmitteln II. S. 715 f.

2) Der factische Stoff, welcher zu einer Aenderung des Schiedsspruches führen soll, bestehe er in erheblichen Thatsachen oder Beweismitteln, muß ein neu aufgefundener, das heißt, erst nach Eröffnung des vorigen Urtheils zur Kenntniß der restitutionsuchenden Partei gekommen sein. Damit wird einestheils der schon in der gemeinrechtlichen Doctrin angenommene Satz bestätigt, daß solche Thatsachen und Beweismittel, welche im bisherigen Verfahren bereits geltend gemacht worden sind, denen aber von den Parteien und vom Richter oder wenigstens vom Letzteren keine genügende Beachtung geschenkt und nicht das gebührende Gewicht

beigelegt worden sein soll, zu einer selbstständigen Begründung des Rechtsmittels nicht geeignet sind. Anderntheils muß die reichsgesetzliche Ausdehnung des Rechtsmittels auf solche Fälle, wo die Partei die Thatsachen oder Beweismittel, mit denen sie ihren Antrag begründen will, früher schon gekannt und nur zu benutzen bisher nicht für dienlich erachtet hat, entschieden als beseitigt angesehen werden.

Vgl. Heffter, Beiträge z. deutsch. Staats- und Fürstenr. S. 246 f.

Die Frage, inwieweit es zugleich darauf ankomme, ob das neue Vorbringen bei gesteigerter Aufmerksamkeit schon früher zur Kenntniß der Partei hätte gelangen können, und ob dieselbe alsdann ihrerseits die nöthige Diligenz nachzuweisen habe, oder es nur dem Gegner überlassen werden müsse, den Vorwurf einer Nachlässigkeit zu begründen, kann nach Lage der Sache unerörtert bleiben.

3) Besteht das Vorbringen in neuen Thatsachen, so wird eine sofortige Liquidität derselben in keinem Falle erfordert. Man würde höchstens verlangen können, daß der Beweis der neuen Behauptungen gleich mit dem Restitutionsgesuch angetreten werde, und dem hat der Preußische Anwalt, soweit von ihm neue Thatsachen vorgebracht worden sind, entsprochen. Schon das gemeine Recht gestattet für das Rechtsmittel der Restitution die Einleitung eines neuen Beweisverfahrens, und dies ist durch die obige Vereinbarung bestätigt worden.

4) Zweifelhafter ist es, ob nicht die Partei die nachträgliche Auffindung der nova gleich in ihrem Restitutionsgesuch bescheinigen oder sich deshalb zum Restitutionseid erbieten müsse. Reichsgesetzlich war das sofortige Erbieten zum Restitutionseid allerdings vorgeschrieben;

Reichskammergerichtl. Gem. Bescheid v. 9. Febr. 1733.

Schmelzer, Contumacialproc. S. 211. f.

es scheint dies aber mit einer Eigenthümlichkeit des reichsgerichtlichen Verfahrens in Zusammenhang gestanden zu haben, wonach der für die Sache bestellte Procurator nicht bloß für die Partei und deren Advocaten, sondern auch für sich

selbst den Restitutionseid abzuleisten hatte. In den gemeinen Proceß ist diese Eigenthümlichkeit nicht übergegangen; hier kommt es nur auf den Eid der Partei über ihre eigene Wissenschaft an, und von ihr läßt sich mit Grund sagen, in dem Ergreifen des durch den Restitutionseid gesetzlich bedingten Rechtsmittels sei von selbst die Bereitwilligkeit zur Ableistung des Eides kund gegeben, so daß das wörtliche Erbieten dazu sich als eine bedeutungslose Förmlichkeit darstellen würde. Es ist daher wahrscheinlich auch nicht unabsichtlich geschehen, daß man in den Art. 7 und 8 des Bundesbeschlusses vom 3. August 1820 ein formelles Erforderniß der Art für das austrägalgerichtliche Verfahren völlig unerwähnt gelassen hat. Jedenfalls gehört der Punkt nicht zu den materiellen Bedingungen des Rechtsmittels, sondern zu der Form des processualischen Verfahrens, und darüber entscheidet nach dem Bundesbeschluß vom 16. Juni 1817 n. 6 zunächst die Proceßordnung, welche der für eine Austrägalsache gewählte Gerichtshof in den sonst bei ihm anhängigen Sachen zu befolgen hat. Danach aber würde im vorliegenden Falle der § 181 der Gerichtsordnung für das hiesige Ober-Appellationsgericht zur Anwenduug kommen, und hier ist nur ausgesprochen, daß die Partei nöthigenfalls ihre frühere Unkenntniß eidlich zu erhärten habe, ein ausdrückliches Erbieten dazu im Restitutionsgesuch aber nicht vorgeschrieben.

B. Soviel die Erheblichkeit der das Rechtsmittel begründenden nova betrifft, so bedarf es nur einer Prüfung der Frage, inwiefern neben dem neuen Vorbringen zugleich der in dem angefochtenen Erkenntniß schon beurtheilte Stoff mit in Betracht komme.

1) Im Allgemeinen unterliegt es keinem gegründeten Zweifel, daß das Rechtsmittel nicht bloß dann mit Erfolg gebraucht werden kann, wenn die geltend gemachten nova für sich allein eine abgeänderte richterliche Entscheidung motiviren, sondern auch dann, wenn sie nur in Verbindung mit dem früheren Actenmaterial dazu geeignet sind. Es folgt dies aus der Natur der Sache, da diejenigen Momente, welche schon im früheren

Stadium zu Gunsten der jetzt restitutionsuchenden Partei sprachen, durch das ergangene Urtheil nicht vernichtet worden sind, sondern nur gegen überwiegende entgegengesetzte Momente haben zurücktreten müssen, rechtlich also kein Hinderniß obwaltet, warum sie nicht durch den Hinzutritt verstärkender Momente nun ihrerseits das Uebergewicht sollten erlangen können. Die gemeinrechtliche Doctrin stimmt damit auch überein.

Vgl. Pütter, introd. in rem judic. imp. § 451. sq.
Gönner, a. a. O. § 11.
Linde, a. a. O. S. 716. f.
Gensler, im Archiv f. civ. Pr. Bd. 4. S. 133.
Heffter, Syst. § 470.

Ein Grund, weshalb Austrägalsachen anders behandelt werden sollten, ist nicht erfindlich. Wenn

Heffter, Beiträge zum Staats- und Fürstenr. S. 248,

verlangt, daß die nova für sich allein ein klares anderweitiges Resultat liefern müßten, so beruht dies nicht auf besonderen Gründen für das Austrägalverfahren, sondern wird von ihm auf die in

l. 31. D de jurejur. (12, 2.)

vorkommenden Worte „quibus nunc solis usurus sit" gestützt, also auf eine strengere Ansicht, welche er früher für das gemeine Recht befolgte,

vgl. seine Institut. des Civilproc. S. 498,

die er aber in der vorhin angeführten Stelle seines Systems (Note 38) zurückgenommen hat.

Im vorliegenden Falle kommt hinzu, daß, wenn die Parteien sich das remedium restitutionis vorbehalten haben, sie dabei, in Erwägung der ausführlichen Erörterung der ganzen Streitsache in den vorausgegangenen commissarischen Verhandlungen, an die Möglichkeit, daß binnen 6 Monaten nach eröffnetem Schiedsspruch ein neues Beweismaterial aufgefunden werden würde, welches für sich allein den vollständigen Ausschlag für eine Seite zu geben im Stande wäre, nicht wohl gedacht haben können.

2) Aus diesem Ergebniß darf aber nicht gefolgert werden, daß jedes an sich statthafte novum berechtige, die ge-

sammte Beurtheilung des vorigen Erkenntnisses von Neuem in Frage zu stellen. Nur diejenigen Erwägungen oder Elemente der angefochtenen Entscheidung, welche sich durch das neue Vorbringen (allein oder in Combination mit früheren Momenten) als unrichtig ausweisen, werden damit umgestoßen, während im Uebrigen die Grundlage der Entscheidung unverändert in Kraft bleibt. Das Rechtsmittel kann daher nur von Erfolg sein, soweit die Entscheidung auf Prämissen gestützt worden war, welche sich nunmehr eben in Folge des neuen Vorbringens als irrig darstellen. Es ist dies eine nothwendige Consequenz des oben hervorgehobenen schon in der reichsgerichtlichen Praxis

vgl. besond. Reichskammergerichtl. Gemeiner Bescheid vom 7. Juli 1669,

eingeschärften Satzes, daß die restitutio ex capite novorum nicht in eine Revisions-Instanz übergehen dürfe; indem das Rechtsmittel bei dieser Beschränkung nicht gegeben ist, um den ergangenen richterlichen Ausspruch als einen schon nach der früheren Actenlage unrichtigen und verletzenden anzufechten, sondern lediglich darlegen soll, daß der Richter, wenn ihm das jetzt beigebrachte novum schon damals vorgelegt worden wäre, sich dadurch zu einer andern Entscheidung hätte bewogen sehen müssen. So ist auch das Erforderniß, daß relevante nova beigebracht werden müssen, stets aufgefaßt worden.

Vgl. Pütter, l. c.
Tafinger, institut. jurisprud. cameral. II. § 1001. 1004 sq.
Gönner, a. a. O. § 8. § 10.
Linde, a. a. O. S. 714 f.
Schmid, Handb. des Proc. III. S. 547.
Wetzell, System S. 521.
Seuffert, Archiv Bd. 1. n. 386.

Daraus folgt aber namentlich, daß ein novum, welches nur geeignet ist, eine Thatsache zu bestärken oder näher aufzuklären, die schon im vorigen Erkenntniß berücksichtigt worden war, welcher aber entweder gar kein oder nur ein beschränkter Einfluß auf die Entscheidung selbst beigelegt wurde, keinen Anlaß bieten kann, die Richtigkeit dieser Beurtheilung der

Sache abermals zu prüfen, und in Folge dessen zu einer Abänderung des Resultates zu gelangen.

C. Geht man hiernach auf die Prüfung der einzelnen Punkte ein, welche von dem Preußischen Anwalt zur Begründung des Rechtsmittels der Restitution geltend gemacht worden sind, so wird zunächst

I. als neue Thatsache hervorgehoben, daß in den Jahren 1828 und 1829 die Preußischen Katasterbeamten auf dem ca. 630 Morgen großen streitigen Bezirk durch Vornahme der Vorarbeiten zur Vermessung der dort belegenen Grundstücke, ohne Zuziehung Hessischer Behörden, eine neue Katastrirung vorbereitet haben sollen. Diese Thatsache, wird bemerkt, gewinne dadurch an Bedeutung, daß später im Jahre 1837 der Streitbezirk wirklich Preußischerseits katastrirt worden sei, und zwar als Preußisches Gebiet, da zwischen den beiden Regierungen schon zu Anfang des Jahres 1833 der Grundsatz festgestellt worden sei, daß jeder der beiden Staaten das innerhalb seines unstreitigen Hoheitsgebietes befindliche Grundeigenthum zu besteuern habe.

Für die letztere Thatsache sind als Anlage B. Acten des Amtes Hausberge producirt; für die erstere ist auf eine als Anlage A. eingereichte protocollarische Vernehmung des Ortsvorstehers Müller vom 29. December 1860 Bezug genommen, und eventuell die eidliche Vernehmung desselben sowie zweier anderer Zeugen beantragt worden.

Was nun

1) die Zulässigkeit dieses Vorbringens betrifft, so kann

a) die im Jahre 1837, oder nach Ausweis der beigebrachten Acten vielmehr in den beiden Jahren 1837 und 1838 vollzogene Katastrirung der Ottenberger und Fülmer Masch als neue Thatsache in keiner Weise angesehen werden, wie sie denn auch vom Preußischen Anwalt nicht als solche, sondern nur als Unterstützung für die Bedeutung der Vorarbeiten von 1828 und 1829 hervorgehoben zu sein scheint. Nicht nur hat der Ortsvorsteher Müller bereits in zwei seiner früheren Vernehmungen diese Katastrirung, nur mit weniger

genauer Angabe des Zeitpunktes, erwähnt, sondern es ist auch Preußischerseits mit der Vernehmlassung auf die Klage eine Karte über den streitigen Bezirk producirt worden, welche nach einer darauf befindlichen Notiz nach der „im Jahre 1837 aufgenommenen Königlich Preußischen Katasterkarte" angefertigt worden ist.

Vgl. Gedruckte Darstellung der Verhandlungen des gegenwärtigen Processes, p. 7.

Jedenfalls würde bei einem von den höheren Behörden selbst angeordneten so eingreifenden und offenkundigen Act von einer nachträglichen Auffindung nicht wohl die Rede sein können.

b) Anders verhält es sich mit den behaupteten Vorarbeiten zu einer Katastervermessung aus den Jahren 1828 und 1829. Diese sind in den bisherigen Acten noch nicht zur Sprache gekommen; der Preußische Anwalt führt ausdrücklich an, daß sie der von ihm vertretenen Regierung erst seit dem ergangenen Erkenntniß zur Kunde gekommen seien; und es würde daher hier — vorerst abgesehen von der Frage der Entschuldbarkeit der bisherigen Unbekanntschaft — der Restitutionseid nach Anleitung des Bundesbeschlusses vom 3. August 1820 Art. 8 auferlegt werden können.

Der Beweis der neuen Thatsache ist zunächst angetreten durch das oben erwähnte Vernehmungsprotokoll vom 29. Decbr. 1860, in welchem der Ortsvorsteher Müller versichert, daß schon vor dem Jahre 1830, wenn er nicht irre 1828 und 1829, die Vorarbeiten zu den Vermessungen der Grundstücke in der Ottenberger und Füllmer Masch ungestört vorgenommen worden seien, die dabei beschäftigt gewesenen Katastergeometer nennt und sich im Stande erklärt, noch die Punkte anzuzeigen, wo die Flurstangen gestanden hätten. Diese Aussage erhält auch noch einige Unterstützung durch die in Anlage B. producirten Acten des Amtes Hausberge, woraus ersichtlich ist, daß im Frühjahr 1828 der Kreis Minden mit Einschluß des Amtsbezirkes Hausberge zu einer Katastervermessung bestimmt wurde, daß mit Vermessung des eben genannten Bezirkes

die von dem Zeugen Müller bezeichneten Geometer beauftragt waren und eine darauf bezügliche Verfügung auch an den Ortsvorsteher von Eisbergen erging. Diese Beweismittel würden nun zwar nicht genügen können, es würde aber nichts entgegenstehen, die eventuell beantragte eidliche Vernehmung des rc. Müller und der beiden andern denominirten Zeugen zu verfügen. Allein

2) dem ganzen Vorbringen muß jede Erheblichkeit abgesprochen werden.

Wäre die in den Jahren 1837 und 1838 vollzogene Katastrirung ein zulässiges novum, so würde sie doch als selbstständiges Beweismoment zu Gunsten Preußens schon deshalb nicht gelten können, weil sie in die Zeit nach ausgebrochener Hoheitsdifferenz (nach dem 30. Juli 1833) fällt. Ob sie als Unterstützung der aus den Vermessungsarbeiten von 1828 und 1829 gezogenen Folgerung in Betracht kommen könnte, ist mindestens zweifelhaft. Denn eine solche Unterstützung würde sie nur darbieten, wenn sie sich als Fortsetzung und Vollendung jener Vorarbeiten darstellte. Darüber liegt aber nichts vor, vielmehr spricht der Umstand einigermaßen dagegen, daß die Regierung zu Minden, nach Ausweis der producirten Acten Anlage B., unter dem 26. September 1837 verfügte, es solle „mit der nachträglichen Katastrirung der Ottenberger und Füllmer Masch“ vorgegangen werden, wonach es fast scheint, als ob gerade für die beiden Maschen die 1828 begonnenen Vermessungsarbeiten in der Zwischenzeit wieder aufgegeben worden seien. Dieser Umstand ist übrigens für die Berücksichtigung der Vorarbeiten von 1828 von sehr geringem Einfluß, indem dieselben, wären sie an sich erheblich, immer einen Besitzact darstellen würden, so lange nicht erwiesen wäre, daß ihre Fortsetzung und Beendigung im Bewußtsein mangelnder Berechtigung eingestellt worden sei.

Die fraglichen Vorarbeiten sind jedoch für den jetzigen Rechtsstreit gleichfalls bedeutungslos.

a) Das Besteuerungsrecht der Krone Preußen über die Grundstücke in dem größeren Theil des streitigen Bezirkes

ist in dem Erkenntniß vom 14. Juli 1860 ausdrücklich vorbehalten und in den Entscheidungsgründen als eine durch althergebrachte unbestrittene Uebung constatirte Staatsdienstbarkeit bezeichnet worden. Es ist damit anerkannt, daß der Krone Preußen nicht etwa bloß die Befugniß zustehe, einen bestimmten Steuerbetrag, wie eine privatrechtliche Grundrente, aus den Ländereien der Maschen zu beziehen, sondern daß ihr das wirkliche Hoheitsrecht der Besteuerung in der Eigenschaft einer Staatsdienstbarkeit zukomme. Dasselbe schließt sonach alle die Befugnisse in sich, welche als Bestandtheile und nothwendige Attribute dieses Hoheitsrechtes anzusehen sind. Wenn aber zum Wesen des Steuerregals ebensowohl die Feststellung der Größe der zu erhebenden Abgabe, als die Bestimmung über die Art ihrer Vertheilung gehört, so folgt von selbst, daß auch alle Veranstaltungen, welche nach den Gesetzen und Vorschriften des besteuernden Staates die gerechte Austheilung und angemessene Veranlagung der Steuer sichern sollen, unentbehrliche Hülfsmittel zur Ausübung des Besteuerungsrechtes bilden, und die Anwendung dieser Hülfsmittel zu den selbstverständlichen Ausflüssen desselben gerechnet werden muß. So verhält es sich insbesondere bei der Grundsteuer mit der Anlegung des Katasters und den dazu erforderlichen Vorarbeiten einer Vermessung und Abschätzung der einzelnen Grundstücke. Ob etwa die Durchsetzung solcher Veranstaltungen einem von den Steuerpflichtigen bethätigten Widerstand gegenüber in die Ausübung eines anderweiten Hoheitsrechtes übergehen würde, kann dahin gestellt bleiben, da ein Fall der Art hier nicht in Frage steht. Jedenfalls ist die einfache Thatsache der Vermessung von Grundstücken zum Zweck der Katastrirung nur geeignet, die Ausübung des Steuerregals und nicht die eines andern Hoheitsrechtes zu bekunden, so daß das geltend gemachte novum nur eine weitere Bestätigung für den ohnehin feststehenden Preußischen Besitz des Besteuerungsrechtes zu liefern vermag.

b) Das novum ist aber um so unerheblicher, als bereits in den bisherigen Actenverhandlungen völlig gleichartige That-

sachen aus früherer Zeit nachgewiesen sind, und sich daraus zugleich ergiebt, daß die eben vertheidigte Auffassung schon der Entscheidung vom 14. Juli 1860 zu Grunde gelegt worden ist.

Wie sowohl in der gedruckten Darstellung der Streitverhandlungen als in den Entscheidungsgründen des Urtheils hervorgehoben worden ist, gründete sich vor der Mitte des vorigen Jahrhunderts die Preußische Steuererhebung auf ein Kataster, welches wahrscheinlich gegen Ende des 17. Jahrhunderts entstanden ist. Ueber die ursprüngliche Anfertigung desselben liegt keine Nachricht vor; daß das Kataster aber ein ausschließlich von den Preußischen Behörden fortgeführtes und gehandhabtes war, ist nicht nur an sich zu vermuthen, weil von einer Concurrenz Hessischer Behörden nicht das Mindeste vorkommt, sondern es tritt dies auch sehr deutlich in der Hoheitsdifferenz des vorigen Jahrhunderts, insbesondere in der Correspondenz über den 1745 und 1746 Hessischerseits gemachten Versuch, einen Theil des Streitbezirkes dem Rinteler Steuerkataster einzuverleiben, hervor, indem man hier Preußischerseits mehreren deshalb nach Rinteln citirten Grundbesitzern jede Auskunftsertheilung über Ländereien in der Ottenberger Masch und andere nach Preußen contribuirende Felder des linken Weserufers untersagte, und sich wiederholt darauf berief, daß alle Pertinenzen der Eisberger und Fülmer Hofstätten „zum Preußischen Kataster gehörten."

Vgl. Gedruckte Darstellung p. 250—253.

Am entscheidendsten aber ist die eben um die Mitte des vorigen Jahrhunderts veranstaltete Preußische Katastrirung der Eisberger und Fülmer Grundbesitzungen, aus welcher die mit der Jahrzahl 1753 bezeichneten Feldregister [388—390] hervorgegangen sind. Es hat bei dieser Gelegenheit im Laufe des Jahres 1751 eine ziemlich umfassende neue Vermessung und Abschätzung der steuerpflichtigen Grundstücke, namentlich auch in den beiden Maschen stattgefunden, und diese ist nach Ausweis der aus dem Mindener Archiv producirten Acten [367] lediglich von den Preußischen Behörden angeordnet und

durchgeführt worden, ohne daß irgend eine Concurrenz der Hessischen Behörden sich ergäbe.

Vgl. Gedruckte Darstellung p. 10. 378. 387.

Wenn sonach bereits bisher feststand, daß mindestens seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts die Preußischen Behörden die Revision des Katasters und die dazu nöthigen Vorarbeiten an Ort und Stelle als ausschließlich ihnen zustehend behandelt haben, und wenn die Entscheidungsgründe des Urtheils vom 14. Juli 1860 die Katasterrevision von 17⁵¹/₅₃ — so gut wie die von der Regierung zu Minden unter dem 18. April 1690 documentirte Zusicherung der Steuerfreiheit des Steinbrinks — nur als Beweismoment für den Preußischen Besitz des Besteuerungsrechtes hervorgehoben, und nirgends diese oder ähnliche locale Vorarbeiten der Besteuerung als Zeichen der Ausübung eines andern Hoheitsrechtes geltend gemacht haben, so ist es klar, daß die Thatsache einer bloßen Vorbereitung zu nochmaliger Vermessung der fraglichen Grundstücke an dieser Beurtheilung nichts zu ändern vermag.

II. Das Zweite, worauf sich der Preußische Anwalt gegenwärtig beruft, ist ein als Anlage C. producirtes Protocoll des Patrimonialgerichts zu Eisbergen vom 20. April 1779, woraus sich eine Jurisdictionsausübung des Amtes Hausberge bei Grenzregulirungen im streitigen Bezirk ergeben soll, und welchem als Anlage D. noch ein Schreiben des Freiherrn von Schellersheim über die Auffindung jenes Documentes in dem Eisberger Gutsarchiv beigefügt ist.

1) Daß es sich hier um eine in den bisherigen Acten nicht zur Sprache gekommene, durch ein neues Beweismittel belegte Thatsache handelt, unterliegt keinem Zweifel. Auch versichert der Preußische Anwalt, daß das producirte Protocoll sich „erst kürzlich" im Eisberger Gutsarchiv aufgefunden habe. Es würde daher der Zulassung zu einem angemessen zu normirenden Restitutionseid nichts entgegenstehen. Auch sind die von dem Kurhessischen Anwalt erhobenen Zweifel über die Echtheit des Documentes nicht zu berücksichtigen, da dasselbe sich seiner ganzen äußeren Erscheinung nach als Ori-

ginal eines von dem Justitiar zu Eisbergen aufgenommenen Protocolles darstellt, als amtliche Urkunde also keines besonderen Beweises der Echtheit bedarf.

2) Auch dieses novum stellt sich aber materiell als unerheblich dar.

Nach dem Inhalte des producirten Protocolles läßt sich zwar nicht wohl bezweifeln, daß die darin bekundeten Verhandlungen sich auf das streitige Gebiet, nämlich auf Theile der Ottenberger Masch beziehen. Allein dem Vorbringen steht entgegen, daß ein wirklicher Jurisdictionsact aus dem Protocolle nicht zu entnehmen ist. Die ganze Verhandlung betrifft nur die ordnungsmäßige Herstellung (das Einbinden) „verwachsener und verflossener Hecken" an der Seite der Mönchsstraße und an einem Theile der Weißenbreite, ferner die Ausfüllung von Löchern, welche an letzterer Stelle entstanden waren, endlich die bessere Versteinung einer Grenzlinie zwischen der Weißenbreite und dem Predigerlande. Ein Achtsmann nebst dem amtlichen und dem gutsherrlichen Untervoigt wird vom Justitiar beauftragt, alle diese Stellen zu untersuchen und den betreffenden Eigenthümern die Ausbesserung der bemerkten Löcher aufzugeben. Der Achtsmann berichtet darauf, wie den Interessenten aufgegeben worden sei, die verwachsenen Hecken an der Mönchsstraße gehörig einzubinden und sie sich willig dazu gefunden hätten; wie die Grenzlinie zwischen der Weißenbreite und dem Predigerlande unklar sei und einer neuen Versteinung bedürfe, welche von einer weiteren Entschließung des Gutsherrn abhänge; wie endlich den betreffenden Eigenthümern auferlegt worden sei, die in ihrer Hecke neben der Weißenbreite befindlichen Löcher bei Vermeidung einer Geldbuße zeitig und gehörig auszubessern. Daß der Gerichtshalter irgendwie unter streitenden oder nicht streitenden Interessenten eine Grenzregulirung vorgenommen hätte, davon ist keine Rede, es handelte sich, außer dem einfachen Befundbericht über die unklare Beschaffenheit einer Grenzlinie, überall nur darum, solche Grundbesitzer, welche aus bloßer Nachlässigkeit auf ihrem Besitzthum einen für die an-

stoßenden Wege oder Länder belästigenden Zustand hatten einreißen lassen, zur Herstellung der unter Feldnachbarn gebührenden Ordnung anzuhalten. Es ist also klar, daß in allen Punkten nur ein Act der gewöhnlichen Feldpolizei ausgeübt wurde.

Nun liegt in den bisherigen Acten bereits ein der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts angehöriger Fall vor, wo von Seiten des Justitiars in Eisbergen und untergeordneter Diener ein Act der Flur- und Feldpolizei für das linke Weserufer ausgeübt wurde, nämlich die Pfändung wegen versuchter Hütung der Eisberger Schweineheerde auf dem linken Ufer im Jahre 1793.

Vgl. Gedruckte Darstellung p. 154 f.

Das jetzige novum fügt also dem nur einen zweiten Fall der Handhabung der Feldpolizei aus jener Zeit hinzu. Wie aber in den Entscheidungsgründen des Urtheils vom 14. Juli 1860 nicht nur im Allgemeinen ausgeführt worden ist, daß die Handhabung der Flur- und Feldpolizei stets zunächst ein Attribut der Gemeindeobrigkeit und Gutsherrlichkeit gebildet habe, und als eigentlich hoheitliche Berechtigung überall nicht gelten könne, am wenigsten für frühere Zeiten, sondern auch über den erwähnten Pfändungsfall von 1793 insbesondere erklärt wird, derselbe habe auf Civilgerichtsbarkeit überhaupt keinen Bezug und sei in jedem anderen Betracht für die Hoheitsfrage schon deshalb bedeutungslos, weil es sich dabei nur um Ahndung eines Flurfrevels und um ein Einschreiten der Gutsherrschaft gehandelt habe, so muß ganz dasselbe von dem durch das Protocoll vom 20. April 1779 bekundeten Vorgange gelten, und es kann nur gesagt werden, daß dieser Vorgang ein weiteres Unterstützungsmoment für den bisher nicht völlig aufgeklärten Flurverband der Ottenberger Masch mit Eisbergen darbiete, während an dem näher motivirten Satz, daß aus dem Flurverband überhaupt kein selbstständiger Schluß auf Landeshoheit zu machen sei, und somit an dem Resultat der Entscheidung nichts dadurch geändert wird.

III. Der dritte Punkt ist die gerichtliche Ueberweisung des Gutes Eisbergen an den jetzigen Besitzer, Freiherrn Ludwig Friedemann Diomed von Schellersheim, im Jahr 1830. Der Preußische Anwalt führt an, es sei erst jetzt zur Kunde seiner Principalschaft gelangt, daß dem genannten Freiherrn das Gut Eisbergen durch das am 4. März 1830 publicirte Revisionsurtheil zuerkannt worden, daß derselbe in Folge dessen durch den Commissar des Oberlandesgerichts zu Paderborn, den jetzigen Geheimen Justizrath Bachmann, am 26. April 1830 in den Besitz des Gutes und sämmtlicher Zubehörungen eingesetzt, und daß bei dieser Uebergabe namentlich auch der Grundbesitz auf dem jetzt streitigen Gebiete mit aufgeführt worden sei. Zur Bewahrheitung dieser Thatsachen wird theils auf die betreffenden (bisher nicht producirten) Proceßacten des Oberlandesgerichts zu Paderborn Bezug genommen, theils die eidliche Vernehmung des Freiherrn von Schellersheim und des Geheimen Justizraths Bachmann zu Paderborn beantragt.

Dieses ganze Vorbringen kann

1) als ein neues durchaus nicht anerkannt werden, und die Behauptung, die bemerkten Thatsachen seien erst jetzt zur Kunde der Preußischen Regierung gekommen, muß auf einem Uebersehen des hierher gehörigen Inhalts der bisherigen Actenverhandlungen beruhen.

Schon in den dem jetzigen Proceß vorausgegangenen commissarischen Verhandlungen der Jahre 1834 bis 1837 wurde in der Preußischen Gegenschrift vom 18. Juli 1837 die Sequestration des Rittergutes Eisbergen, welche von 1825 bis 1830 gedauert habe, als ein von den Preußischen Gerichten in dem Streitbezirk ausgeübter Jurisdictionsact geltend gemacht und wurde dazu bemerkt, die Sequestration habe sich auch auf die am linken Weserufer belegenen Ländereien bezogen, diese Länderein seien dem Sequester und nach Aufhebung der Sequestration dem jetzigen Besitzer des Gutes gerichtlich ohne Requisition einer Hessischen Behörde übergeben worden. Als Beleg für dieses Alles wurde

ein Attest des Oberlandesgerichts zu Paderborn vom 24. Febr. 1835 in beglaubigter Abschrift beigefügt, welches dahin ging:

Auf Grund der betreffenden Acten werde Seitens des unterzeichneten collegii bescheinigt, daß die Sequestration des Gutes Eisbergen in den Jahren 1825 bis 1830 sich auch auf die am linken Ufer der Weser belegenen Ländereien bezogen habe, diese auch damals dem Sequester und nach Aufhebung der Sequestration dem Besitzer des Gutes ohne Requisition einer Hessischen Behörde überwiesen worden seien.

Eben dieses Attest ist sodann in der Preußischen Beweisantretung des jetzigen Processes ausdrücklich als Beweismittel für den angegebenen Inhalt desselben inducirt worden.

Sowohl die gedachte Ueberweisung des Gutes an den Sequester im Jahre 1825 und an den jetzigen Besitzer im Jahre 1830, als auch der Umstand, daß die Preußische Beweisantretung sich auf die Ueberweisung der Gutspertinenzen in den Maschen an den Freiherrn von Schellersheim berufen habe, ist denn auch bereits in der

gedruckten Darstellung p. 67. 71. 75. 76. 164.

hervorgehoben worden. Nur daß die Ueberweisung des Gutes an den Freiherrn von Schellersheim sich gerade auf ein Revisionsurtheil vom 4. März 1830 gestützt habe, und am 26. April 1830 erfolgt sei, findet sich daselbst nicht besonders erwähnt. Selbst dieser Nebenumstand ergiebt sich aber bereits aus den bisherigen Acten. Der von dem Oberlandesgericht zu Paderborn für den Freiherrn von Schellersheim unter dem 10. Mai 1833 ausgefertigte Hypothekenschein über das Gut Eisbergen ist in Schriftstücken beider Theile vorgelegt worden, Hessischerseits in einer vom Land- und Stadtgericht Minden beglaubigten Abschrift in den Proceßacten Lecco c. Reichmann, Preußischerseits in einfacher Abschrift als Beilage eines Ablösungsvertrages; und es ist in anderer Beziehung auch schon in der gedruckten Darstellung (p. 55. 56. 171) darauf Bezug genommen worden. In diesem Hypothekenschein wird aber bei Darlegung des Besitztitels ausdrück-

lich angeführt: der Freiherr von Schellersheim habe das Gut Eisbergen laut eines schließlich in der Revisionsinstanz per sententiam de publ. 4. März 1830 bestätigten, sohin rechtskräftigen Urtheils des Oberlandesgerichts, sowie der in Folge einer Uebereinkunft mit seinem Bruder und mit Rücksicht auf die vorerwähnten Judicate unter dem 26. April 1830 gerichtlich geschehenen Uebergabe des Gutes nebst Zubehör, erworben. Der beglaubigten Abschrift in den Hessischen Proceßacten findet sich zugleich ein Inventarium des Gutes beigefügt, in welchem die auf dem linken Weserufer in den beiden Maschen belegenen Gutspertinenzen mit aufgeführt sind.

Vergleicht man mit diesem bisherigen Acteninhalt das jetzige Vorbringen, so enthält das letztere, mit Ausnahme des unerheblichen Umstandes, daß der jetzigen Geheime Justizrath Bachmann der Commissar des Gerichtes gewesen sei, welcher das Gut am 26. April 1830 überwiesen habe, durchaus nichts Neues. Denn wenn jetzt behauptet wird, bei der gerichtlichen Uebergabe des Gutes sei auch der Grundbesitz auf dem streitigen Gebiete „mit aufgeführt worden," so sagt dies jedenfalls nicht mehr, als der in dem Attest des Oberlandesgerichts zu Paderborn vom 24. Februar 1835 enthaltene Ausdruck: nach Aufhebung der Sequestration seien auch die am linken Ufer der Weser belegenen Ländereien dem Besitzer des Gutes „überwiesen" worden. Dieser Ausdruck konnte immer noch eher, als die jetzige Behauptung, den Zweifel erregen, ob nicht eine reelle Einweisung in den Besitz der Guts-Pertinenzen des linken Ufers vor sich gegangen sei.

2) Selbst wenn aber die formelle Verwerflichkeit des Vorbringens einem Bedenken unterläge, würde ihm doch ein Einfluß auf die Beurtheilung der Sache nicht beizumessen sein. Die Gutsüberweisung vom April 1830 ist in den Entscheidungsgründen des Urtheils vom 14. Juli 1860 zwar nicht speciell zum Gegenstand der Besprechung gemacht worden, jedoch keineswegs unbeachtet geblieben. Wie dieselbe in den Voracten von dem Preußischen Anwalt selbst nicht als besonderer Jurisdictionsact, sondern nur in Verbindung mit

dem ganzen über das Gut Eisbergen von 1825 bis 1830 verhängten Sequestrationsverfahren und als Schlußpunkt desselben geltend gemacht worden ist, so genügte es auch in den Entscheidungsgründen, das Sequestrationsverfahren überhaupt einer Prüfung seiner Relevanz zu unterwerfen, was S. 363—365 derselben geschehen ist. Wenn hier hervorgehoben wurde, daß eine specielle Verfügung in Betreff der Gutsparcelen des linken Weserufers, insbesondere eine Real-Immission des Sequesters in deren Besitz anscheinend überall nicht erfolgt, jedenfalls nicht constatirt sei, die Maßregel daher nur den Gutscomplex im Ganzen betroffen habe, und daß nach den zwischen den beiderseitigen Gerichten damals gepflogenen Verhandlungen der Territorialnexus jener Zubehörungen den Preußischen Behörden mindestens unklar gewesen sei, daß daher der ganze Sequestrationsact aus der Reihe der beweistauglichen Jurisdictionsvorgänge auszuschließen sei, so ist es offenbar, daß diese Beurtheilung eben so gut auf den Schlußpunkt des Sequestrationsverfahrens, die Ueberweisung des Guts an den jetzigen Besitzer, als auf den Anfang und die Fortsetzung desselben Anwendung zu finden hatte. Die Richtigkeit dieser Deduction läßt sich aber auch nach den actenmäßigen Umständen nicht wohl bezweifeln.

Aus der nächsten Zeit nach verfügter Sequestration liegen mehrere von der Preußischen Gerichtsbehörde ausgegangene Documente vor, in welchen die Gutspertinenzen des linken Weserufers als im Hessischen Gebiet belegen bezeichnet wurden, und welche großentheils gerade darauf gerichtet waren, die angeordnete Sequestration für diese Grundstücke durch Jurisdictionshandlungen der Hessischen Gerichte wirksam zu machen. Dahin gehören: das Requisitionsschreiben des Assessor von Forckenbeck an das Landgericht Rinteln vom 1. Juni 1825, das von demselben unter dem 25. ejusd. für den Sequester Reichmann ausgestellte Attest, das Schreiben des Oberlandesgerichts zu Paderborn an das Obergericht zu Rinteln vom 29. October 1825, sowie der von demselben Gerichte im November 1826 vollzogene Pachtvertrag über

das Gut Eisbergen. Dazu kommt noch, daß das genannte Oberlandesgericht die im Mai 1826 von der Gräfin Lecco gegen den Sequester Reichmann vor dem Obergericht zu Rinteln erhobene Besitzklage unbedenklich insinuiren ließ.

So gewiß es ist, daß alle diese Vorgänge wirklich begründeten Territorialansprüchen der Krone Preußen nicht präjudiciren konnten, so unverkennbar ist es andererseits — wie schon in den commissarischen Vorverhandlungen der jetzigen Hoheitsdifferenz nicht abgelehnt zu werden vermochte — daß das Oberlandesgericht zu Paderborn damals voraussetzte, die Eisberger Gutspertinenzen des linken Weserufers ständen unter Hessischer Jurisdiction, und sich selbst gar keine Competenz über dieselben zuschrieb. Daraus ergiebt sich aber das negative Resultat, daß das Oberlandesgericht bei Verhängung der Sequestration und der Ueberweisung der Gutspertinenzen des linken Weserufers an den Sequester, möge diese Ueberweisung bloß eine allgemeine gewesen sein, oder in einer speciellen Aufzählung der Grundstücke bestanden haben, nicht in der Meinung und Absicht gehandelt haben **kann**, eine Gerichtsbarkeit über das streitige Gebiet auszuüben, die Sequestration also keinen Hoheits-Besitzact der Krone Preußen bildet. Vergleicht man nun damit den Schlußpunkt des Sequestrationsverfahrens, die Ueberweisung des Gutes an den jetzigen Besitzer im Jahre 1830, so liegt durchaus nichts dafür vor, daß diese Ueberweisung von anderer Art gewesen sei, als diejenige des Jahres 1825 an den Sequester; im Gegentheil spricht die Fassung des von dem Oberlandesgericht zu Paderborn selbst unter dem 24. Februar ausgestellten Zeugnisses für völlige Gleichstellung beider Acte. Ebensowenig liegt irgend etwas vor, was vermuthen ließe, daß das Oberlandesgericht seine Ansicht von der Competenz der Hessischen Gerichte über die fraglichen Grundstücke bis zum Jahre 1830 geändert hätte; vielmehr hat die Fortdauer dieser Ansicht alle Wahrscheinlichkeit für sich, da das Oberlandesgericht noch im Jahre 1832 dem jetzigen Besitzer von Eisbergen zwei bei dem Obergericht zu Rinteln gegen ihn erhobene

Klagen auf Herausgabe des Blintenortes und des Steinbrinks insinuiren ließ, und da in dem ganzen Zeitraum von 1819 bis 1833 auch andere Preußische Behörden, namentlich die Regierung zu Minden, den Weserstrom auf der fraglichen Strecke als unbestrittene Grenze der beiden Staatsgebiete vorausgesetzt und den Grundbesitz Preußischer Unterthanen in den beiden Maschen als unter Hessischer Hoheit stehend behandelt haben, wie dies insbesondere aus den in den Jahren 1828 bis 1833 über einen Uferbau an der Eisberger Bucht actenmäßig gepflogenen Verhandlungen hervorgeht. Diesem Sachverhalt gegenüber müßte die Gutsüberweisung von 1830, um hinsichtlich der Pertinenzen des linken Weserufers als Preußischer Jurisdictionsact gelten zu können, in einer Weise vorgenommen worden sein, welche sehr bestimmt erkennen ließe, daß man jene Grundstücke nicht bloß als Bestandtheile des Gutscomplexes bezeichnet und in dieser Eigenschaft dem Erwerber durch wörtliche Zuweisung überlassen habe, sondern daß man die besondere Zuständigkeit eines Gerichts der belegenen Sache über dieselbe habe ausüben und vermöge derselben reell darüber verfügen wollen. Wenn aber der Preußische Anwalt, wie schon hervorgehoben, auch jetzt nicht mehr zu behaupten vermocht hat, als daß die fraglichen Grundstücke bei der Uebergabe des Gutes „mit aufgeführt worden seien," so ist darin ein solcher Jurisdictionsact in keiner Weise zu erkennen.

IV. Der vierte Punkt endlich betrifft die Eintragung von Grundstücken des streitigen Bezirkes in die Preußischen Hypothekenbücher. Der Preußische Anwalt macht geltend: die in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 14. Juli 1860 geäußerte Ansicht, daß jene Eintragung keinen Jurisdictionsact über das streitige Gebiet enthalte, insbesondere die aus Tit. I. § 34 der Hypothekenordnung gezogene Folgerung, daß die fraglichen Grundstücke als fremdländische Zubehörungen Preußischer Hauptgüter nur zum Behuf näherer Designation auf dem Titelblatt vermerkt worden seien, erscheine nicht begründet. Die zu dem Rittergut Eisbergen, sowie

zu den Eisberger und Fülmer Colonaten gehörigen einzelnen Parcelen des linken Weserufers seien keine Pertinenzen im Sinne der Hypothekenordnung, und der Hypothekenrichter habe durch ihre Verzeichnung auf dem Titelblatt, sie möge nach dem alten oder neuen Kataster geschehen sein, allerdings die Absicht der Jurisdictionsausübung bekundet. Zwar sei die Regulirung des Hypothekenbuches in vielen Fällen erst nach dem 30. Juli 1833 erfolgt, in vielen Fällen aber auch vorher. Hinsichtlich des Rittergutes Eisbergen sei dies schon constatirt, und es solle nun ferner nachgewiesen werden, daß die in der Fülmer Masch belegenen Grundstücke zweier Fülmer Colonen, Joh. Friedr. Wilh. Meyer, genannt Schmidt, und Friedr. Wilh. Böhne, bereits unter dem 29. April 1828 und 23. Januar 1829 in das Hypothekenbuch des Land- und Stadtgerichts Minden eingetragen seien; zu welchem Zweck die Einziehung amtlicher Auskunft von dem Kreisgericht Minden beantragt werde. Aus der angedeuteten thatsächlichen Gestaltung des Grundbesitzes der Eisberger und Fülmer Güter, sowie aus den bisher nicht allegirten Allerhöchsten Erlassen vom 31. März 1834 und 16. Juli 1840 und den zu ihrer Ausführung ergangenen Instructionen werde erhellen, daß grundsätzlich nur inländische Parcelen katastrirt und als Bestandtheile des Hauptgutes im Hypothekenbuche vermerkt werden dürften. Dieser Grundsatz habe in gleicher Weise bei Regulirung der Hypothekenfolien auf Grund des alten Katasters gegolten.

Dieses Vorbringen stellt sich

1) seinem größeren Theile nach, nämlich soweit darin die Ansicht der Entscheidungsgründe vom 14. Juli 1860, daß die Eintragung der fraglichen Grundstücke in die Hypothekenbücher nicht als Jurisdictionsact aufzufassen sei, auf Grund der Preußischen Gesetze und Instructionen über das Hypothekenwesen als unrichtig bekämpft wird, als ein unzulässiges dar. Es darf zwar nicht unbeachtet bleiben, daß die Preußische Gesetzgebung hier nicht als unmittelbare Rechtsquelle für den Schiedsrichter in Betracht kommt, sondern daß sie eine

Schlußfolgerung darüber begründen soll, in welchem animus der Preußische Hypothekenrichter bei den fraglichen Einträgen und Vermerken gehandelt habe. Es ist daher in der Bezugnahme auf dahin gehörige Gesetze und Instructionen, welche in den bisherigen Actenverhandlungen nicht angeführt waren, nicht sowohl eine verbesserte Rechtsdeduction, als vielmehr die Beibringung neuer Beweismomente zu finden. Allein es leuchtet von selbst ein, daß die von der Preußischen Staatsregierung selbst ausgegangenen Gesetze und Instructionen in keinem Fall für sie als neu aufgefundene Thatsachen und Beweismittel angesehen werden können, wie dies denn auch von dem Preußischen Anwalt gar nicht behauptet worden ist. Der ganze Versuch, ein anderes Verständniß der Preußischen Hypothekeneinrichtung zur Anerkennung zu bringen, er mag aus früher schon benutzten oder jetzt erst allegirten Verordnungen und Erlassen hergeleitet sein, erscheint daher nach der obigen Ausführung unter A. formell verwerflich.

Hiernach kann nur noch in Frage kommen, ob die über die Eintragung des Grundbesitzes zweier Fülmer Colonen in das Hypothekenbuch des Land- und Stadtgerichts zu Minden aufgestellte Behauptung ein zuläßiges novum sei. Die Thatsache, daß der theils am rechten, theils am linken Weserufer belegene Grundbesitz dieser beiden Colonen vor dem 24. October 1834 in das Hypothekenbuch nach Berichtigung des Besitztitels eingetragen worden war, ergiebt sich bereits aus dem an gedachtem Tage ausgestellten Attest des Land- und Stadtgerichts zu Minden [45]. Neu ist daher in dem jetzigen Vorbringen nur die specielle Angabe der Flurnummern der zu jenem Grundbesitz gehörigen einzelnen Parcelen in der Fülmer Masch, sowie der Tage, unter welchen der Besitztitel berichtigt und die Eintragung erfolgt ist, des 29. April 1828 und des 23. Januar 1829. Daß der Zeitpunkt und die nähere Beschaffenheit dieser Eintragung der Preußischen Regierung erst neuerlich bekannt geworden sei, ist nicht ausdrücklich behauptet worden; nur durch die Voraussetzung, daß die neue Auffindung stillschweigend habe behauptet werden sollen, würde man

daher zur Zulassung dieses novum gelangen können, und den Restitutionseid dem entsprechend zu normiren haben. Allein

2) materiell ist das gesammte Vorbringen nicht geeignet, eine Abänderung der Entscheidung herbeizuführen.

Die Unerheblichkeit der Thatsache, daß der in der Fülmer Masch belegene Grundbesitz der beiden Colonen Joh. Friedr. Wilh. Meyer genannt Schmidt, und Friedr. Wilh. Böhne bereits in den Jahren 1828 und 1829 in das Hypothekenbuch des Land- und Stadtgerichts Minden eingetragen wurde, leuchtet von selbst ein. Denn es konnte schon nach den bisherigen Acten kein Zweifel darüber obwalten, daß ein großer Theil der Eisberger und Fülmer Güter, zu welchen Grundstücke des linken Weserufers gehören, vor dem 30. Juli 1833 zur Eintragung in die Preußischen Hypothekenbücher gelangt war. Es mußte dies aus dem oben erwähnten Zeugniß des Land- und Stadtgerichts Minden vom 21. October 1834, wonach damals der Besitztitel für das Rittergut Eisbergen und für 23 Colonate berichtigt und nur für 13 Colonate noch unberichtigt war, um so mehr geschlossen werden, als schon im Juni 1833 mehrere der vom Assessor Vogelsang vernommenen Zeugen versichert hatten, daß die in den beiden Maschen belegenen Grundstücke als Zubehör der betreffenden Güter in den Preußischen Hypothekenbüchern verzeichnet seien.

Vgl. Gedruckte Darstellung p. 171. 177.

Eine specielle Bestätigung fand diese Annahme in dem Rittergut Eisbergen, welches, wie oben vorgekommen, im Frühjahr 1833, und in dem Colonat des Joh. Ernst Bödeker zu Eisbergen, welches nach Ausweis des Preußischerseits abschriftlich zu den Acten gebrachten Hypothekenscheines im December 1831 zur Eintragung gelangte. Es ist denn auch in den Entscheidungsgründen des Urtheils vom 14. Juli 1860 gerade mit Rücksicht auf das gerichtliche Attest vom 24. October 1834 ausdrücklich hervorgehoben worden, die vollständige Regulirung der Hypothekenbücher datire, wie beim Rittergut Eisbergen, so allem Anscheine nach bei den meisten Eisberger und Fül-

mer Colonaten aus neuester, dem Beginn des jetzigen Hoheitsstreites nicht viel vorangegangener Zeit. Der jetzt versuchte specielle Nachweis, daß mehrere Colonate schon vor 1833, und zwar in den Jahren 1828 und 1829 in das Hypothekenbuch eingetragen worden seien, würde also nur zur Bestärkung einer thatsächlichen Voraussetzung dienen, von welcher das angefochtene Urtheil selbst ausgegangen ist.

Was sodann die erneuerte Deduction über die richtige Auffassung der Preußischen Hypothekeneinrichtung betrifft, so wird dieselbe

a) hauptsächlich auf zwei bisher nicht allegirte Allerhöchste Erlasse vom 31. März 1834 und vom 16. Juli 1840 und die zu ihrer Ausführung ergangenen Instructionen gestützt. Sollten diese Verordnungen nun auch eine Erläuterung oder Ergänzung der Hypothekenordnung in dem ihnen vom Preußischen Anwalt beigelegten Sinne enthalten, daß grundsätzlich nur inländische Parcelen als Bestandtheile eines Hauptgutes im Hypothekenbuche vermerkt werden dürften, so würden sie doch schwerlich zur Aufklärung über die Meinung und Absicht dienen können, in welcher die Hypothekenrichter bei Ausübung ihres Amtes vor dem 30. Juli 1833 gehandelt haben. Der Inhalt jener Verordnungen, wie er aus

> Gräff, Rönne und Simon, Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen allgemeinen Hypothekenordnung (ed. 3) S. 281 f. 286.

ersichtlich ist, erscheint aber auch nicht geeignet, die aufgestellte Behauptung zu begründen. Die Verordnung vom 31. März 1834 führt die Hypothekenordnung von 1783 in den 1815 von der Krone Preußen neu erworbenen Theilen der Provinz Westphalen ein und ertheilt dabei noch mehrere besondere Vorschriften, und die Cabinetsordre vom 16. Juli 1840 dehnt den § 5 dieser Verordnung auf die Bezirke sämmtlicher Westphälischer Oberlandesgerichte (also auch auf den Kreis Minden) aus. Der gedachte § 5 aber bestimmt nur, daß den Hypothekenbüchern das Kataster zu Grunde gelegt werde, und die Flurbücher zur Ausmittelung der in die Hypothekenbücher

gehörenden Grundstücke, ihrer Lage und Größe dienen sollen, enthält aber so wenig, als der sich daran schließende § 6, etwas darüber, wie bei einem theils im Inland theils im Ausland belegenen Grundbesitz zu verfahren sei.

b) Im Uebrigen hat der Preußische Anwalt zwar die Behauptung aufgestellt, der Grundsatz, daß nur inländische Parcelen als Bestandtheile eines Hauptgutes im Hypothekenbuche vermerkt werden dürften, habe in gleicher Weise bei Regulirung der Hypothekenfolien auf Grund des alten Katasters (also auch vor dem 30. Juli 1833) gegolten; allein wie es sich mit dieser Behauptung auch verhalten möge, so muß das negative Resultat der vorigen Entscheidungsgründe, worauf es hier allein ankommt, nämlich das, daß aus dem über die Preußische Hypothekenbuchführung constatirten Sachverhalt ein sicheres Beweismoment der Jurisdictionsausübung im streitigen Bezirk nicht zu entnehmen sei, noch jetzt für gerechtfertigt erachtet werden.

Die Preußische Beweisführung leidet an dem erheblichen Mangel, daß wörtliche Auszüge oder beglaubigte Abschriften aus den betreffenden Hypothekenbüchern als directe Beweismittel nicht zu den Acten gebracht worden sind. Der Zeugenbeweis hat nur das allgemeine Ergebniß geliefert, daß die am linken Weserufer belegenen Bestandtheile der Eisberger und Fülmer Güter „als Zubehörungen der Letzteren" in den Hypothekenbüchern vermerkt seien, ohne daß sich die Art und der Zweck dieser Vermerkung daraus entnehmen läßt. Eben so wenig Auskunft darüber giebt das Attest des Land- und Stadtgerichts Minden vom 24. October 1834, indem es nur besagt, daß „die vorstehenden Besitzungen," soweit der Besitztitel davon berichtigt, in das Hypothekenbuch eingetragen seien, ohne daß ersichtlich wäre, ob die Güter resp. Colonate der aufgeführten Grundbesitzer nur im Ganzen (als Complexe), oder ob die einzelnen Parcelen, woraus sie bestehen, Gegenstand der Eintragung waren. Auch die beiläufig zu den Acten gekommenen beiden Hypothekenscheine endlich, über das Rittergut Eisbergen und über das Colonat des Joh. Ernst

Böbeker, bieten keinen bestimmten Anhalt zur Aufklärung des Sachverhalts dar. Diese beiden Hyptbekenscheine stimmen gerade in der fraglichen Beziehung nicht mit einander überein. Derjenige über das Rittergut Eisbergen entspricht völlig dem § 33—35 Tit. I der Hypothekenordnung und dem dieser Ordnung beigefügten Formulare, insofern er das Gut, ohne Aufzählung seiner einzelnen Bestandtheile, nur im Ganzen benennt und kenntlich macht; denn das in [403b.] dem Hypothekenschein angeheftete „Gutsinventarium" ist (wie die Beglaubigungen p. 358 f. daselbst ergeben) offenbar kein integrirender Bestandtheil desselben, sondern nur in die, zur Sammlung aller Nachrichten über ein einzutragendes Gut bestimmten, Grund- und Hypothekenacten aufgenommen worden. Der andere Hypothekenschein dagegen enthält gleich in seinem Eingange eine Specification aller der Grundstücke, aus welchen Böbekers Stätte n. 6 zu Eisbergen besteht, worunter 7 Morgen in der Fülmer Masch vorkommen. Aus welchem Anlaß und zu welchem Zwecke eine solche vollständige Specification, wie sie nach der angeführten Stelle der Hypothekenordnung nicht auf das Hypothekenfolium kommen soll,

vgl. Gräff, Rönne und Simon a. a. O. S. 37 f.
Paul, Preußische Hypotheken-Ordnung. Leipzig 1837. Bd. 1. S. 70 f.

aufgenommen worden ist, darüber fehlt jede Aufklärung. Muß nun auch vorausgesetzt werden, daß dabei eine instructionelle Vorschrift zu Grunde liege, wie sie für Westphalen im Jahre 1840 noch bestimmter ertheilt worden zu sein scheint,

Gräff, Rönne und Simon a. a. O. S. 286 sub C.,

so kann diese Vorschrift doch keine allgemeine gewesen sein, wie der 1½ Jahre spätere Hypothekenschein des Rittergutes Eisbergen zeigt, sondern sich nur auf gewisse Fälle oder gewisse Arten von Gütern bezogen haben. Eben deshalb aber, und da die Hypothekenordnung keine rechtlichen Wirkungen von der Eintragung einer derartigen Specification abhängig macht, diese daher nicht zum Wesen des Hypothekenbuch-Verkehrs gehört, kann nicht ohne Weiteres angenommen werden,

daß die Eintragung, wo sie erfolgt, die Competenz des Hypothekenrichters über jeden einzelnen Bestandtheil des eingetragenen Gutscomplexes, und eine vorgängige Cognition darüber zur nothwendigen Voraussetzung haben müsse. Es liegt die Möglichkeit gleich nahe, daß die Aufnahme der Specification nur eine allen Interessenten nützliche und vielleicht für gewisse Zwecke noch besonders dienliche Uebersicht über den ganzen Bestand eines Gutscomplexes gewähren solle, ohne eine richterliche Verfügung über jedes einzelne dazu gehörige Grundstück zu enthalten, und daher ohne Rücksicht auf die etwaige Vertheilung unter verschiedene Gerichtsbezirke. Jemehr die zur Ausführung der Hypothekenordnung erlassenen Vorschriften darauf hingewiesen haben, bei Anlegung der Hypothekenfolien sich möglichst an das jedesmalige Kataster anzuschließen, um so leichter wird es erklärlich, daß bei den Eisberger und Fülmer Colonaten auch die Parcelen des linken Weserufers, worüber ein Preußisches Kataster vorlag, aus Gründen bloßer Zweckmäßigkeit mit eingezeichnet worden sein können.

Zu dem Allen kommt aber noch, daß gerade in dem Zeitraum, in welchen sowohl die Regulirung des Hypothekenbuches für das Rittergut Eisbergen, als muthmaßlich auch die für die meisten Eisberger und Fülmer Colonate fällt, nämlich in der Zeit von 1825 bis 1833, nicht bloß kein sonstiger entschiedener Act einer Jurisdictionsausübung der Preußischen Gerichte in dem streitigen Bezirk constatirt ist (vgl. Entscheidungsgründe S. 480—482. 488), sondern die Preußischen Behörden überhaupt, wie nach der obigen Ausführung sub III. in einer Reihe von Vorgängen hervortritt, selbst von der Voraussetzung ausgingen, daß der fragliche Grundbesitz des linken Weserufers im Hessischen Territorium und unter Hessischer Jurisdiction belegen sei. Durch diesen Umstand wird die Annahme, daß die Eintragung von Maschgrundstücken auf die Folien der Eisberger und Fülmer Colonate aus dem animus, ein Hoheitsrecht über den streitigen Bezirk auszuüben, hervorgegangen sei, in solchem Grade un-

wahrscheinlich gemacht, daß selbst dann, wenn der Bödeker'sche Fall noch durch weitere Beispiele vermehrt werden sollte, wie dies die jetzt beantragte Ermittelung über die Fülmer Colonate n 8 und 9 in Aussicht stellt, kein Werth darauf gelegt werden könnte.

Ueberblickt man schließlich die beigebrachten nova im Ganzen, so dringt sich die Ueberzeugung auf, daß dieselben, auch wenn sie im Einzelnen noch günstiger beurtheilt werden sollten, nicht geeignet sein würden, zu einem von der vorigen Entscheidung abweichenden Ergebniß zu führen.

Die Entscheidung vom 14. Juli 1860 beruht im Wesentlichen darauf, daß es in Ermanglung genügender petitorischer Beweismomente auf den Besitzstand ankomme, daß aber für die Zeit vor 1740, abgesehen vom Besteuerungsrecht, ein alt hergebrachter völlig unangefochtener Besitzstand Kurhessens im ganzen Streitbezirk nachgewiesen sei, und dieser, wenn er auch in der Mitte des vorigen Jahrhunderts angefochten worden, und Preußen die Hoheit über den Weserstrom von 1764 bis 1819 allein ausgeübt und in einzelnen Fällen auch rücksichtlich anderer Hoheitsrechte Besitzacte für sich habe, doch nicht für aufgehoben oder abgeändert erachtet werden könne, indem Kurhessen bis zum Jahre 1833 herab nicht aufgehört habe, mehrfach in entschiedener Weise seinen Hoheitsbesitz zu bethätigen, und seit dem Jahre 1819 auch wieder die Stromhoheit über die den Streitbezirk für Hessen einschließende Weser unbestritten, gemeinschaftlich und zum Theil vorwiegend, ausgeübt habe. Die beigebrachten nova nun würden im günstigsten Falle doch nur soviel constatiren, daß Preußen aus den Jahren 1779, 1828 und 1830 noch einzelne weitere Jurisdictions- und Hoheitsacte für sich anführen könne, und in dem letzten Jahrzehend vor 1833 die Handhabung seines Hypothekenwesens auf den Streitbezirk erstreckt habe. Durch alles dieses würde aber, zumal da von keinem der geltend gemachten Vorgänge behauptet werden konnte, daß er unter Wissen und Dulden der Hessischen Behörden vor sich gegangen sei, und da, was insbesondere die Handhabung des Hypotheken-

wesens betrifft, feststeht, daß in demselben Zeitraum auch Hessischerseits entschiedene Acte der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit vorgenommen worden sind, der von früherer Zeit her begründete und fortgesetzte Besitzstand Kurhessens nur als gestört, aber nicht als aufgehoben und auf die Krone Preußen übergegangen angesehen werden können, eine Aenderung im Resultate der Entscheidung also nicht motivirt werden.

Bremen. 28.

Dr. med. Christoph Hellwig Schmidt Wittwe, Klägerin, wider Nicolaus Arnold Ordemann, Beklagten, nachbarliche Streitigkeiten betreffend.

Der in dem weiter unten abgedruckten Obergerichts-Erkenntnisse vom 3. October 1864 mitgetheilte Rechtsfall reducirt sich auf die Frage: ob die auf dem beklagtischen Grundstück ruhende Verpflichtung: „dasselbe nur mit einem Wohnhause zu bebauen,“ die Verpflichtung des Beklagten in sich schließe, sich in demselben seines bürgerlichen Gewerbes, in specie eines solchen Geschäfts zu enthalten, zu dessen Betrieb Maschinenkraft erforderlich ist?

Da nach Maßgabe der Erhebungen bei der Augenscheinseinnahme kein Zweifel darüber obwaltete, daß in dem Hause des Beklagten „die Bestimmung desselben zum Wohnen weitaus die Hauptsache sei,“ so verneinte die erste Instanz diese Frage, und wies die auf Entfernung der Druckerei aus dem beklagtischen Grundstück, sowie auf Abbruch des dazu erbauten Locals, soweit solches für die Druckerei nebst Zubehör bestimmt sei, gerichtete Klage ab.

Dies Urtheil wurde sowohl von der Revisionsinstanz, wie vom O.-A.-Gericht, lediglich „aus den Gründen der ersten Instanz“ bestätigt.

Ober-Gerichtliches Erkenntniß vom 3. October 1864.

Daß die Klage keine Statt habe, und Klägerin schuldig sei, dem Beklagten die Kosten dieses Processes zu ersetzen.

Entscheidungsgründe.

Die Servitut, auf welche Klägerin ihre principale confessorische Klage stützt, besteht in der dem beklagtischen Erbe zu Gunsten des klägerischen auferlegten Last,

> daß das beklagtische Erbe während der nächsten 25 Jahre nur mit Wohnhäusern und Zubehör, von welchen die Fronten nach der Birkenstraße liegen, bebaut werden dürfen.

Der Beklagte soll das dieser Last entsprechende Recht der Klägerin nach der Klage dadurch beeinträchtigt haben, daß er „hinter seinem Wohnhause" längs der klägerischen Grenze ein großes Local für seine Buchdruckerei erbaut, die Buchdruckerei und die Redaction und Hauptexpedition des „Courier" in dasselbe verlegt und daselbst seither betrieben habe.

Der eingenommene Augenschein hat ergeben, daß diese Behauptung insofern unwahr ist, als ein besonderes Local für die Buchdruckerei des Beklagten hinter dessen Wohnhaus und längs der klägerischen Grenze gar nicht existirt. Es kann daher auch nicht, wie Klägerin bittet, dem Beklagten auferlegt werden, ein solches Local abzubrechen.

Dagegen bestreitet der Beklagte nicht, daß er in seinem Hause seine Buchdruckerei sammt der Redaction und Hauptexpedition des Courier betreibe, und die Augenscheins-Einnahme hat das bestätigt, indem sich dabei ergeben hat, daß im Erdgeschoß des 42 Fuß breiten, 78½ Fuß tiefen, sehr geräumigen Hauses ein Zimmer als Comptoir, zwei als Redactionszimmer, zwei andere nebst zwei kleineren Räumen für die Druckerei des Beklagten benutzt werden, während im ersten Stock ein großes Zimmer als Local für die Setzer dient.

Klägerin ist der Ansicht, daß auch durch solche Einrichtung und Benutzung seines Hauses der Beklagte eines Eingriffs in ihre Gerechtsame sich schuldig mache, dessen Abstellung sie fordern könne.

Für diese Ansicht beruft sie sich zunächst auf den in der Lassung des Beklagten in Bezug genommenen Revers vom 13. März 1863, von dem sie eine Abschrift zu den Acten gebracht hat, und die diesem Reverse vorangegangenen Verhandlungen mit dem Vorgänger des Beklagten, aus welchen sie herleiten will, der Sinn des Reverses sei der, daß der Aussteller desselben nur ein solches Haus, wie er zur Zeit der Ausstellung projectirt habe, solle bauen und keine baulichen Veränderungen an demselben solle vornehmen dürfen, indem sie zugleich behauptet, der Beklagte habe von den über den Revers und dessen Fassung gepflogenen Verhandlungen Kunde erhalten. Allein diese Deduction, deren Consequenz die sein würde, daß Klägerin verlangen könnte, Beklagter solle sein Haus abbrechen und es nach dem Gildemeister'schen Plane umbauen, ist nicht stichhaltig. Die in Bezug genommenen, von der Klägerin zu den Acten gebrachten Verhandlungen enthalten von einer so exorbitanten Beschränkung des beklagtischen Eigenthums nichts. Der Revers ist dem betreffenden Satze der beklagtischen Lassung, und abgesehen von der später vereinbarten Beschränkung der Dauer des fraglichen klägerischen Rechts auch dem Vertrage zwischen Finke und Pralle vom 21. November 1862 wörtlich gleichlautend. Auch in dem Protest und dem Protocoll wird von Seiten der Klägerin ein über den Wortlaut des Reverses und der Lassung hinausgehendes Recht nicht in Anspruch genommen. Es bedarf diesemnach eines Eingehens auf die Frage hier nicht, ob und inwieweit der Beklagte durch die ihm etwa bekannt gewordenen Verhandlungen seiner Vorgänger über die Bedeutung der fraglichen Servitut gebunden wäre.

Aber auch dem Wortlaute der Lassung und des Reverses soll nach Ansicht der Klägerin der Beklagte zuwider gehandelt haben, indem er sein Haus zum Betriebe der Druckerei

einrichtete und die zur Druckerei bestimmte calorische Maschine in demselben aufstellte. Eine derartige Anlage sei eine Fabrik-Anlage und kein Wohngebäude. Die Berechtigung der Klägerin gehe dahin, alle ihr lästigen oder ihr Immobile benachtheiligenden Gewerbebetriebe und gewerblichen Anlagen von dem Erbe des Beklagten auszuschließen und zu verbieten. Auch diese Argumentation kann jedoch für stichhaltig nicht erachtet werden. Der Satz, Beklagter dürfe sein Grundstück nur mit Wohnhäusern bebauen, ist keineswegs gleichbedeutend mit dem, er dürfe in den Häusern, welche er erbaue, gewisse Gewerbe nicht treiben, die zum Betriebe gewisser Gewerbe erforderlichen Einrichtungen nicht treffen, und ebenso wenig läßt sich aus dem Ersteren ohne Weiteres auf das Letztere schließen. Das Haus, in welchem ein Geschäftsmann, ein Gewerbetreibender, wohnt und zugleich sein Geschäft oder sein Gewerbe treibt, hört nicht schon dadurch auf, ein Wohnhaus zu sein. Es ist vielmehr eine quaestio facti, ob in einem Gebäude die Einrichtungen für den Gewerbebetrieb dergestalt überwiegen, daß dagegen die Bestimmung desselben zu einer Wohnung eine Nebensache wird, oder ob umgekehrt die Wohnung die Hauptsache ist, neben welcher die Benutzung des Gebäudes zum Gewerbebetrieb zurücktritt. Man wird ein großes Fabrikgebäude, einen Stall, ein Packhaus nicht um deswillen als ein Wohnhaus bezeichnen, weil einige Räume desselben zur Wohnung eines Aufsehers, Kutschers, Lagermeisters benutzt werden. Man wird aber ebenso wenig das Haus eines Handwerkers, eines Kaufmanns, aufhören ein Wohnhaus zu nennen, weil der Handwerker auch seine Werkstätte, der Kaufmann sein Comptoir darin hat, und vielleicht noch einen Laden oder sonstigen Raum zum Lagern von Waaren benutzt. Nicht selten wird es allerdings zweifelhaft bleiben, ob bei einem Hause der Charakter eines Wohnhauses oder eines Fabrikgebäudes u. s. w. vorwiegt. Allein im vorliegenden Falle kann nach den Ergebnissen des eingenommenen Augenscheins kein Zweifel darüber obwalten, daß in dem Hause des Beklagten die Bestimmung desselben zum Wohnen

weitaus die Hauptsache ist. Direct zur Druckerei werden in demselben nur zwei Zimmer des Erdgeschosses und ein Zimmer im ersten Stock benutzt, und wenn man auch das Comptoir und die beiden Redactionszimmer, alle drei gewöhnliche, mit Schreibpulten, Reolen und dergleichen möblirte Zimmer, mitrechnet, so ist es doch nur etwa die Hälfte des Erdgeschosses und Ein Zimmer des ersten Stocks, was für den Gewerbebetrieb des Beklagten bestimmt ist, während der ganze übrige Theil des sehr großen Gebäudes, die dem Grundstück der Klägerin zugekehrte andere Hälfte des Erdgeschosses, das erste Stock bis auf das Setzerzimmer und das ganze zweite Stockwerk lediglich aus Wohnräumen besteht. Auch von außen gesehen erscheint das mit einer Terrasse versehene, von drei Seiten von einem Blumengarten umgebene Gebäude als ein gewöhnliches großes Wohnhaus. Mit einem solchen sein Grundstück zu bebauen kann dem Beklagten Inhalts der der Klägerin zustehenden Servitut nicht verwehrt werden. Sollte aber über die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des klägerischen Verbietungsrechts dennoch ein Zweifel übrig bleiben, so dürfte nicht außer Acht gelassen werden, daß im Zweifelsfalle aus einem zwiefachen Grunde zu Gunsten des Beklagten entschieden werden müßte, einmal, weil ein solches das fremde Eigenthum beschränkendes Verbietungsrecht strict interpretirt werden soll, und dann, weil der Klägerin entgegengehalten werden muß, daß sie bei der Formulirung des Rechts, das sie sich durch ihren Schwiegersohn hat stipuliren lassen, klarer hätte sprechen müssen.

Die confessorische Klage der Klägerin ist diesem Allen zufolge für begründet nicht zu achten.

Aber auch, was Klägerin replicando eventuell zur Begründung einer negatorischen Klage vorbringt, ist nicht haltbar.

Wenn sie zunächst pag. 14 der Replik sub 2 darüber sich beschwert, daß der Beklagte seine in einem Hinterzimmer des Erdgeschosses aufgestellte calorische Maschine, durch welche er seine in einem anstoßenden Zimmer stehenden Druckerpressen in Bewegung setzt, mit Steinkohlen heize, so hat der Augen-

schein ergeben, daß der Rauch des Feuerungsmaterials, mit welchem die Maschine geheizt wird, durch einen ganz gewöhnlichen Ofenschornstein, der mit andern solchen Schornsteinen aus der First des Daches hervorragt, abzieht, und zur Zeit der Augenscheinseinnahme, während die Maschine arbeitete, von unten nicht einmal sichtbar war. In einer solchen Anlage ist aber eine außergewöhnliche Vorrichtung, durch welche dem Grundstücke der Klägerin ein Uebermaaß von Rauch zugeleitet werde und gegen welche ihr ein Recht des Einspruchs zugestanden werden müßte,

E.-G. des O.-A.-Ger in S. Vagt c. Poppe, 1856 Juni 28,

nicht zu erkennen.

Ebenso unbegründet ist die Beschwerde der Klägerin darüber, daß die in dem Hause des Beklagten aufgestellte Maschine durch ihr regelmäßiges dumpfes Stampfen ein starkes und der Nachbarschaft lästiges Getöse mache, denn eine dieser Beschwerde entsprechende Beschränkung des Eigenthums ist unter den s. g. Legal-Servituten, welche nicht aus angeblichen Billigkeitsgründen vermehrt werden dürfen,

Puchta, Pandekten § 145,

nicht zu finden,

Schweppe, Privatrecht § 232, 233,

nicht davon zu reden, daß der angeblich so lästige Lärm der beklagtischen Maschine weder bei der gerichtlichen Augenscheins-Einnahme, noch nach den adjungirten Polizeiacten von den Polizeibehörden als besonders lästig bemerkt worden ist.

Die angebliche Feuergefährlichkeit der beklagtischen Anlage ist jedenfalls von der Klägerin zu wenig thatsächlich substantiirt, als daß eine negatorische Klage darauf begründet werden könnte. Durch die Behauptung, daß für die Versicherung ihres Hauses Klägerin voraussichtlich eine höhere Prämie werde bezahlen müssen, was an sich den Beklagten nichts angeht, wird jene mangelnde thatsächliche Substantiirung nicht ersetzt.

Die Beschwerden der Klägerin darüber, daß Beklagter in seiner Druckerei Tag und Nacht und selbst Sonntags arbeiten

lasse, und daß in seinem Hause ein ungewöhnlich starker Verkehr sei, sowie die, daß ihr Haus durch den Bau des Beklagten an Werth verloren habe, sind zur Begründung einer negatorischen Klage offenbar ganz ungeeignet.

Es muß diesem Allen zufolge die Klage unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten abgewiesen werden.

Bremen. 29.

Dr. med. Christoph Hellwig Schmidt Wittwe, Klägerin, wider Nicolaus Arnold Ordemann, Beklagten, Aufführung einer Mauer betreffend.

Rechtsfall. Anlaß zu einem zweiten Rechtsstreite gab die 2te dem Ordemann'schen Immobile № 15 zu Gunsten des Erbe № 18 auferlegte Verpflichtung: „soweit die Grenze von № 15 nicht durch die Mauer des auf demselben zu erbauenden Hauses bestimmt werde, eine hinreichend starke, circa 8 Fuß hohe Mauer auf seiner Grenze zu ziehen." — Bei dem Bau hatte O. das unter der Erde befindliche Fundament seines Hauses, da die Wittwe S. gegen dessen Lage auf ihrem Grund und Boden protestirt hatte, bis hart an die Grenze gelegt, und demgemäß, nach baulichen Grundsätzen, die über der Erde befindliche Mauer seines Hauses, um sie vor Einsturz zu schützen, etwa 6—9 Zoll von der Grenze entfernt.

Nachdem die Wittwe S. hiergegen vergeblich protestirt hatte, schritt sie zur Klage, und verlangte auf Grund der gedachten Klausel bei der Lassung und des erwähnten freien Raumes, ihren Gegner zu verurtheilen: „längs der Grenze seines Immobile, soweit solches nicht bereits geschehen, eine hinreichend starke, circa 8 Fuß hohe Mauer zu errichten."

Das Untergericht wies die Klage durch Urtheil vom 7. Juni 1864 ab, und fand dasselbe sowohl im Obergericht, wie im Ober-Appellationsgericht, unter Verweisung auf die Gründe der ersten Instanz seine Bestätigung.

Untergerichtliches Erkenntniß
vom 7. Juni 1864.

Daß die dem Beklagten laut seiner Fassung obliegende Last gar nicht anders verstanden werden kann, als daß die beregte Mauer in einer Höhe von circa 8 Fuß erst hinter dem beklagtischen Hause beginnen sollte, was anerkannt auch geschehen ist; dagegen aber gar keine Last oder Verpflichtung des Beklagten vorlag, bei der an sich schon durch den fraglichen Neubau bewirkten Trennung der beiderseitigen Grundstücke, sein Wohnhaus ganz genau auf der Grenze zu errichten, und in der Reihe seines Hauses neben seiner Hausmauer noch eine weitere Grenzmauer aufzuziehen, welche den Raum von circa einem halben Fuß zwischen der Hausmauer und der klägerischen Grenze ausfüllen würde, wodurch auch dem ersten Ansehen nach keine selbstständige Mauer errichtet würde, vielmehr nur die Grenzmauer des Hauses in einer Höhe von 8 Fuß um einen halben Fuß dicker erscheinen müßte,

wird hiedurch

die erhobene Klage unter Verurtheilung des Klägers zum Ersatz der Proceßkosten als unbegründet verworfen.

---

30. Bremen.

Dr. med. **R. L. Campbell**, gegenwärtig in den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika sich aufhaltend, Kläger, wider seine Ehefrau **Louise** geb. **Fröhlich** zu Bremen, Beklagte, Wiederbeginn des ehelichen Zusammenlebens betreffend.

Re[illegible]sfall. Der Dr. med. Campbell und dessen Ehefrau waren durch Obergerichts-Erkenntniß vom 28. Juni 1858 auf drei Jahre von Tisch und Bett getrennt. In Folge dessen begab sich der Ehemann nach den Vereinigten Staaten Nord-Amerika's, und diente dort auf der Flotte als Schiffsarzt, während seine Ehefrau in Bremen blieb. — Die [illegible]en-

nung bestand factisch bis zum Jahre 1864 fort. Auf Grund einer in diesem Jahre vom Ehemann, welcher seine Stellung inzwischen nicht verändert hatte, erhobenen Klage wurde seine Ehefrau, nachdem sie das Recht des Ehemannes, die Fortsetzung des ehelichen Lebens zu begehren, anerkannt und sich auf die Erklärung beschränkt hatte, diesem Antrag keine Folge leisten zu wollen, durch Obergerichts-Erkenntniß vom 4. Juli 1865 schuldig erkannt:

„das eheliche Zusammenleben mit dem Kläger wieder zu beginnen und fortzusetzen, auch ihm, sobald er ihr eine angemessene Wohnung angewiesen haben werde . . . in dieselbe zu folgen."

Zur Ausführung dieses Erkenntnisses miethete Kläger in einem Hôtel auf drei Wochen einige Zimmer, und beantragte am 4. November 1864 unter dem Erbieten, diese Wohnung auf „längere Zeit" zu miethen, wenn seine Ehefrau dem Obergerichts-Erkenntniß vom 4. Juli 1864 Folge leiste, „die Beklagte zu verurtheilen, ihm in die gemiethete gemeinschaftliche Wohnung zu folgen, und das eheliche Leben mit ihm wieder zu beginnen." Diesen Antrag, welchen die Beklagte lediglich dem richterlichen Ermessen anheimstellte, wies das Obergericht unter dem 5. Decbr. 1864 als angebrachtermaßen unstatthaft zurück, weil ein Grund, weshalb die Beklagte verpflichtet sein sollte, ihre bisherige Wohnung zu verlassen, und einige vom Kläger auf einige Wochen in einem Gasthof gemiethete Zimmer zu beziehen, während Kläger selbst sich gar nicht in Bremen aufhalte, sondern sein Domicil nach Amerika verlegt habe oder zu verlegen beabsichtige, nicht ersichtlich sei." Dies Erkenntniß fand sowohl in der Revisionsinstanz, als auch beim O.-A.-Gerichte Bestätigung.

In den Entscheidungsgründen des vom Obergericht in der Revisionsinstanz am 14. Januar 1865 abgegebenen Erkenntnisses heißt es:

Bei der auf eingewandte Revision erfolgten Verhandlung der Sache hat der Kläger, abgesehen von dem, was er über

die Beschaffenheit der Wohnung und die Schwierigkeiten sagt, welche es für ihn habe, hieher zu kommen, sich lediglich darauf berufen, daß der Ehemann das Domicil der Ehegatten bestimme, und der Ehefrau befehlen könne, die Wohnung zu beziehen, die er ihr anweise. Er werde demnächst die angewiesene Wohnung ebenfalls beziehen. Dem Gesetze nach müsse Beklagte zunächst die ihr angewiesene Wohnung beziehen. Offenbar schiebt der Kläger seinem Antrage durch diese Rechtfertigung ein ganz fremdartiges Fundament unter. In diesem Rechtsstreite handelt es sich lediglich um die Frage, ob die Beklagte verpflichtet sei, das gemeinschaftliche Leben mit dem Kläger wieder zu beginnen, und diese Frage ist zu Gunsten des Klägers entschieden. Dazu gehört aber nicht bloß, daß die Beklagte den Befehlen ihres Mannes gehorche, und seinem Willen unterthan sei, es gehört dazu auch ein Entgegenkommen des Ehemannes und namentlich auch von seiner Seite ein Zusammenleben mit der Beklagten. Die Beklagte ist nicht verurtheilt, den Befehlen des Ehemannes zu gehorchen, sie ist nur angewiesen, mit ihm zusammen zu leben, und wenn es sich um Ausführung dieses Erkenntnisses handelt, so muß sich die Verhandlung und gerichtliche Entscheidung innerhalb der durch dasselbe gezogenen Grenzen halten. Das Gericht ist, da die Gegenpartei sich über die neue Begründung des Antrages gar nicht geäußert hat, um so weniger in der Lage, sich über dessen materiellen Werth auszusprechen, und muß daher den Kläger lediglich in die Schranken der gegenwärtig zur Verhandlung stehenden Frage verweisen, ob die von ihm beantragte Verfügung direct auf den Wiederbeginn des ehelichen Zusammenlebens gerichtet ist, eine Frage, deren Verneinung bei dem feststehenden Sachverhalt keinen Zweifel leiden kann.

Nur mag noch bemerkt werden, daß, wenn der Kläger durch seine Berufspflichten oder durch die Rücksicht auf Erwerb gehindert wird, seine eigne Wohnung mit der Frau zu theilen, dies allerdings als eine zulässige Entschuldigung angesehen werden mag, mit der Frau zusammen zu leben,

Schott, Eherecht § 179. not. XX,

diese Entschuldigung aber nicht soweit wirkt, daß er dadurch auch der Pflichten ledig werde, an die seine Rechte gegen die Frau nun einmal geknüpft sind. Wenn daher der Beklagten auferlegt wird, dem Kläger in seine Wohnung zu folgen, d. h. zu ihm zu ziehn, und er ist factisch verhindert, die an ihre Verurtheilung geknüpfte Bedingung zu erfüllen, so bleibt damit auch die Pflicht der Beklagten in suspenso, und ist es dem Kläger nicht zu verstatten, aus einem ganz anderen Rechtssatze, nämlich dem, daß die Frau dem Willen des Ehemannes unterthan sei,

Schott, § 181.
Weiske, Rechtslexikon III. p. 566,

über dessen Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall gar nicht litigirt ist, die Ausführung eines auf davon ganz verschiedenen Voraussetzungen gebauten Erkenntnisses zu verlangen, und zwar um so weniger, da ein Ungehorsam der Frau in sonstigen Verhältnissen ganz andere Folgen mit sich führt, als ein solcher, der sich auf das Verlangen des Ehegatten, mit ihr zusammen zu leben, bezieht.

Aus diesen Gründen folgt die Nothwendigkeit der Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses.

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 24. April 1865.

(Auf klägerische Appellation.)

In Erwägung:

1) daß zur Widerlegung der ersten und zweiten Beschwerde, welche darüber erhoben sind, daß dem Antrage des Klägers vom 4. November 1864 nicht entsprochen worden, im Allgemeinen auf die Entscheidungsgründe zum angefochtenen Erkenntnisse verwiesen werden kann,

und insbesondere das Erbieten des Klägers, die der Beklagten angewiesene, aus zwei auf 3 Wochen in Hillmann's Hôtel gemiethete Zimmern bestehende Wohnung für längere Zeit zu miethen resp. die Zahl der Zimmer zu vermehren, auch in Verbindung mit der Erklärung, daß Kläger selbst

demnächst mit der Beklagten dort zu wohnen beabsichtige, zur Begründung des Antrags schon deshalb nicht genügt, weil jenes Erbieten nur ein bedingtes, für den Fall, daß Beklagte dem Obergerichts-Urtheile vom 4. Juli Folge leisten werde, gemachtes, die Erklärung des Klägers aber, die Wohnung selbst beziehen zu wollen, eine in jeder Beziehung unbestimmte ist: während, nach dem gedachten Obergerichts-Urtheile, der Kläger bereits factisch *für sich* eine, zugleich zur Mitaufnahme seiner Ehefrau bestimmte und geeignete Wohnung etablirt, und damit ein Ehedomizil begründet haben muß, ehe er verlangen kann, daß die Beklagte ihm dahin folge;

und es nicht als Ausübung seines rechtskräftig anerkannten ehemännlichen Rechts, sondern nur als Willkür angesehen werden kann, wenn er — während er selbst einen bestimmten Aufenthalt gar nicht hat und über sein zukünftiges Domizil eine Bestimmung noch gar nicht getroffen zu haben scheint — die Beklagte zwingen will, ein auf ihre eigenen Kosten bezogenes Haus zu verlassen und ihren bestimmten, gesicherten Aufenthalt mit einer Wohnung im Hôtel zu vertauschen;

2) daß — soviel die *dritte* Beschwerde anlangt: daß nicht eventuell dem Kläger nachgelassen worden, für eine andere gemeinschaftliche Wohnung der Parteien zu sorgen — der gestellte Antrag nur als angebrachtermaßen unstatthaft abgewiesen worden, dem Kläger also die Stellung anderweiter Anträge unbenommen und somit die Beschwerde ohne Gegenstand ist;

erkennt das O.-A.-Gericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 14. Januar 1865, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei.

Hamburg. 31.

Dr. **H. A. R. Brandis** zu Hamburg mand. noie. **J. A. Hooites** zu Hogezand, Kläger, wider **A. A. von Harlessem** zu Hamburg, in Vollmacht der ersten See-Assecuranz-Compagnie zu Hamburg, Beklagten, Assecuranzforderung betreffend.

Rechtsfall. Das Schiff Johanna Margaretha, Capt. J. Wynstock, welches ursprünglich von Schottland nach Riga hatte versegeln sollen, mußte wegen eines Lecks in Helsingör einlaufen, um dort zu repariren. Hier entschloß sich der Capitain (zugleich Rheder des Schiffs), da inzwischen ein mit einem Rigaer Handlungshaus abgeschossener Frachtcontract aufgehoben worden war, eine andere Fracht, sei es in Danzig, Memel oder Riga aufzusuchen, und verließ in solcher Absicht Helsingör, nachdem daselbst die Reparatur beschafft war. Nicht lange darauf, als das Schiff gerade im Begriffe stand, direct nach Memel einzulaufen, ging dasselbe in Folge eines Unglücksfalles total verloren.

Der Kläger Hooites nun, der wegen ihm zustehender Forderungen an die Johanna Margaretha ein Interesse gehabt haben mag, das Schiff in Helsingör nicht ohne die erforderliche Reparatur zu lassen, schoß die zu diesem Behufe erforderlichen Gelder vor, und deckte diesen seinen Vorschuß durch eine auf den Betrag desselben mit Bco. ℔ 2550 genommene Versicherung bei der beklagtischen Compagnie; es ward in der Police bemerkt, daß diese Versicherung valedire für eine Reise von „Helsingör nach Riga."

In dem Processe, der nach dem Untergang des Schiffes von Hooites angestrengt ward, handelte es sich um die Frage, welche Folgen dem Entschlusse des Capitains beizumessen seien, nicht, wie ursprünglich beabsichtigt worden, direct nach Riga, sondern, je nachdem, nach Danzig, Memel oder Riga zu segeln.

Nach processualischer Sachlage mußte davon ausgegangen werden, daß für die Entscheidung der Umstand als constatirt angenommen werden müsse, der Capitain sei im Verhältniß zum Kläger verpflichtet gewesen, direct nach Riga zu segeln. Von dieser Voraussetzung ausgehend, stellten in Folge der den Versicherer für Versehen des Capitains verantwortlich machenden Hamburgischen Gesetzgebung beide ersten Instanzen die Entscheidung darauf, ob eine Wissenschaft oder Genehmigung des Klägers in Betreff der Abänderung der Reise stattgefunden habe. Das O.-A.-Gericht trat der Normirung der deßfallsigen Beweise, wie solche vom Obergerichte vorgenommen worden war, bei.

1) Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 8. Februar 1864.

Da die Einrede der dunkeln Klage durch die replicando von dem mand. nom. Kläger gemachten Angaben und producirten Documente ihre Erledigung gefunden hat;

da ferner das Verlangen des Beklagten, daß die Zahlung der Valuta für die auf der Police befindlichen Cessionen nachgewiesen werde, in Rücksicht darauf, daß die Versicherung im Auftrag und für Rechnung des jetzigen Klägers genommen worden und somit die Police von dem eigentlichen Versicherten geltend gemacht wird, unbegründet erscheint;

da demnach es hier nur darauf ankommt, welche Bedeutung dem Umstande beizumessen ist, daß das Schiff, auf welches die versicherten Gelder vorgeschossen sein sollen, von Helsingör nicht direct nach dem in der Police angegebenen Bestimmungshafen, Riga, gegangen, vielmehr zuerst den Hafen von Danzig und sodann denjenigen von Memel einzulaufen versucht hat und bei dem letzteren Versuch verunglückt ist;

da nun zwar aus der Verklarung sich ergiebt, daß der Schiffer keineswegs durch einen Nothfall gezwungen war, die beiden zuletzt genannten Häfen aufzusuchen, derselbe vielmehr die Absicht hegte, zunächst in Danzig und sodann in Memel

Ladung zu suchen und nur eventuell, nämlich dann, wenn er weder in dem einen, noch dem andern dieser Häfen Ladung finden sollte, nach Riga zu gehen;

da indessen Beklagter nicht bestreitet, daß das Schiff sich auf der Reise nach Riga befand, als dasselbe, um zu repariren, in Helsingör einlief, hiernach aber die Angabe der Police, daß das Schiff nach Riga bestimmt sei, nur dann als eine unrichtige betrachtet werden könnte, wenn der Schiffer zu der Zeit, als der Versicherungsauftrag ertheilt wurde, den Entschluß, seine Reise nach Riga fortzusetzen, bereits aufgegeben hätte;

da hierbei es übrigens auf eine Absicht des Schiffers, welche nicht sich äußerlich manifestirt hätte, nicht ankommen könnte, während andererseits es irrelevant erscheinen müßte, ob Kläger oder sein Vertreter in Helsingör von dieser veränderten Absicht des Schiffers Kunde erhalten hätte, indem der Versicherte dem Versicherer gegenüber sich darauf nicht berufen kann, daß er in Bezug auf eine wesentliche Bestimmung des Assecuranzvertrags sich in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe;

da ferner, wenn der Schiffer seinen Entschluß noch nicht geändert hatte, als der Versicherungsauftrag ertheilt wurde, im vorliegenden Fall, in welchem es sich nicht um eine im Interesse der Rhederei genommene Versicherung handelt, daraus, daß das Schiff eine andere Reise, als die versicherte, gemacht hat, Beklagter doch nur dann ableiten könnte, daß er für einen Unfall, der sich auf dieser andern Reise ereignet hat, nicht einzustehen habe, wenn die andere Reise mit Wissen und Willen des Versicherten angetreten worden,

vgl. Art. 817 des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuches, und Neues Archiv für Handelsrecht Bd. 4. S. 192, Note 33;

da nun aber aus dem bisher Beigebrachten sich weder ergiebt:

daß der Schiffer zu der Zeit, als der Versicherungsauftrag ertheilt ward, also am 29. März 1862 bereits dem Kläger oder sonst einem Dritten gegenüber zu erkennen

gegeben, daß er die Absicht, mit seinem Schiff von Helsingör direct nach Riga zu gehen, aufgegeben habe,

noch:

daß der Schiffer später mit Wissen und Willen des Klägers diese Absicht aufgegeben hat;

der Beklagte aber hinsichtlich der einen wie der andern dieser Thatsachen als die beweispflichtige Partei erscheint:

daß Beklagter die eine oder die andere dieser Thatsachen zu beweisen und diese Beweise — dem mand. nom. Kläger Gegenbeweis vorbehältlich — innerhalb 14 Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Strafe des Beweisverlustes anzutreten habe,

übrigens aber den Parteien für das Beweisverfahren die Benutzung des bisher Beigebrachten, soweit dienlich, vorzubehalten.

---

2) Obergerichtliches Erkenntniß vom 22. April 1864.

Da es als unter den Parteien nicht speciell bestritten und durch die Anlage 3 einigermaßen bescheinigt anzunehmen ist, daß der Schiffer Wynstock in seinem Verhältniß zu dem klägerischen Mandanten ursprünglich verpflichtet war, auch abgesehen von dem mit dem Rigaer Handlungshause geschlossen gewesenen Frachtcontracte von Helsingör direct nach Riga zu gehn; da unter dieser, die Zulässigkeit der Versicherung einer Reise von Helsingör nach Riga überhaupt bedingenden Voraussetzung, falls der Schiffer diesen Entschluß geändert und der klägerische Mandant von solcher Veränderung vor Ertheilung der Order zur Versicherung (29. März 1862) Kunde erlangt hätte, dieser Umstand nach § 15 und 32 des allgemeinen Plans die Versicherung gleich Anfangs ungültig gemacht haben würde; da aber, falls der Versicherte von dem Vorsatze des Schiffers, zunächst nach Danzig oder Memel um dort eine Befrachtung zu suchen gehn zu wollen, erst nach Abschluß der Versicherung erfahren haben sollte, der Risico des Beklagten zufolge § 49 b. des Planes nur dann cessirte,

wenn der Versicherte jenes Vorhaben entweder ausdrücklich genehmigte, oder sich demselben nicht so weit er dazu im Stande war widersetzte; da hiergegen eine ohne Vorwissen oder beziehungsweise ohne ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Versicherten beschlossene und ausgeführte Abweichung auf das Risico des Beklagten ohne Einfluß geblieben sein würde, insbesondere es nicht mit dem Handelsgericht für relevant erachtet werden kann, wenn der Schiffer nur gegen irgend einen Dritten zu erkennen gegeben hätte, daß er die Absicht direct nach Riga zu gehn aufgegeben habe;

daß der in dem handelsgerichtlichen Erkenntniß vom 8. Februar d. J. dem Beklagten injungirte Beweis dahin abzuändern sei:

entweder daß der klägerische Mandant oder dessen Vertreter in Helsingör vor der Zeit, als der Versicherungs-Auftrag am 29. März 1862 ertheilt ward, Kunde davon erlangt hatte, daß der Schiffer Wynstock die Absicht, mit seinem Schiffe von Helsingör direct nach Riga zu gehn, aufgegeben habe,

oder daß der Versicherte oder dessen Vertreter in Helsingör später hiervon Nachricht erhalten und diese Veränderung des Vorhabens des Schiffers sei es ausdrücklich oder durch sein Stillschweigen genehmigt habe.

Die Kosten der Appellationsinstanz werden compensirt, und wird die Sache mit den wieder zu versiegelnden Acten zum ferneren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

---

3) Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 27. April 1865.

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 22. April 1864, wie hiemit geschieht, zu bestätigen, auch der Beklagte in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Entscheidungsgründe.

Zwar ist es

I. die Hauptsache anlangend, unbegründet, wenn der Kläger die auf gänzliche Abweisung der Klage gerichtete erste Beschwerde des Beklagten, weil ihr zwei conforme Erkenntnisse der früheren Instanzen entgegenständen, als unstatthaft bezeichnet. Denn da jene Erkenntnisse in ihren positiven Ergebnissen von einander abweichen und die in beiden sich findende Nicht-Abweisung der Klage nur eine negative, also für die Frage nach der Rechtskraft unerhebliche Conformität bildet, so steht der vorgedachten Beschwerde kein processualisches Hinderniß entgegen. Allein materiell ist sowohl diese (die erste) Beschwerde als die auf die nämliche Grundlage zurückzuführende zweite Beschwerde verwerflich.

Der Assecuranzklage wegen Totalverlustes der von dem Kläger, Hooites, bei dem Beklagten per Schiff Johanna Margaretha, Capitain Wynstock, für die Reise von Helsingör nach Riga versicherten Vorschußgelder (zum Betrage von Bco.℔ 2550) hat der Beklagte die Einrede entgegengesetzt, das Schiff (und mit diesem das dem Kläger für jene Gelder als Sicherheit dienende Pfand) sei nicht auf der in der Police bezeichneten Reise, sondern außerhalb derselben, vor Memel verloren gegangen; auch sei der Umstand, daß das Schiff dorthin gelangt sei, nicht etwa die Folge irgend eines ihm, dem Versicherer, zur Last kommenden Nothstandes gewesen, denn Capitain Wynstock habe die (directe) Reise von Helsingör nach Riga gar nicht angetreten, sondern zunächst nach Danzig, wenn er dort keine Fracht finden sollte, nach Memel, und nur eventuell, falls auch in Memel keine Verwendung für sein Schiff sich darbieten sollte, nach Riga segeln wollen. Der Kläger hat freilich die Nicht-Uebereinstimmung der wirklich ausgeführten Fahrt mit derjenigen Reise, auf welche die Police lautete, zugegeben, allein er hat es bestritten, daß der Capitain Wynstock schon bei seinem Abgang von Helsingör die

Absicht gehabt habe, nach Danzig, und nur eventuell, auf einem Umwege, nach Riga zu segeln; vielmehr behauptet, daß der Entschluß des genannten Capitains, seiner Reise die Richtung nach Danzig zu geben, erst unterweges gefaßt sei. — Es kommt indessen auf diesen Streitpunkt, ob nämlich vom Beginne an eine andere Reise als die versicherte von Helsingör aus angetreten worden sei, oder ob erst später eine Abweichung von der angetretenen (versicherten) Reise Statt gehabt habe, nicht, sondern nur darauf an, ob der Kläger in Folge des zwischen ihm und dem Capitain Wynstock durch die Vorschußleistung oder bei Gelegenheit derselben begründeten Rechtsverhältnisses in der Lage gewesen sei, eine Verbindlichkeit dieses letzteren gegen ihn anzunehmen, die in Rede stehende Reise, und keine andere, anzutreten, auch, da Nichts über anzugehende Zwischenhäfen vereinbart worden, dieselbe auf dem directen Wege auszuführen; wodurch zugleich die berechtigte Erwartung des Klägers begründet worden sein würde, daß der Capitain Wynstock so, wie vorbemerkt, verfahren werde.

Sollte die so eben gedachte Verbindlichkeit des Capitains Wynstock nicht bestanden haben, so würde der Ungrund der Klage keinem Zweifel unterliegen. Denn der Versicherer haftet an und für sich nur für solche Verlüste oder Schäden, welche sich (unmittelbar oder mittelbar) im Bereich der übernommenen Gefahr zutragen, gleichviel, ob die Nichtübereinstimmung des factischen Herganges mit den vom Versicherten beim Contractabschluß in Betreff der zu übernehmenden Gefahr gemachten Angaben gleich Anfangs auf (wissentlich oder unwissentlich) unrichtigen Angaben desselben beruhet hat, oder erst später ohne sein Zuthun bewirkt wird. Anders verhält es sich indessen zufolge der dem hamburgischen Assecuranzrechte zu Grunde liegenden Principien unter der Voraussetzung, daß die Veränderung der Gefahr auf einem pflichtwidrigen Verhalten des Schiffers beruhet. Denn wie nach jenen Principien der Versicherer im Allgemeinen für die nach-

theiligen Folgen der vom Schiffer begangenen Versehen u
Pflichtwidrigkeiten haftet:

Assecur.- u. Havar.-Ordn. Tit. 5 Art. 1 [1]) u. Tit. 7. Art. 1
Allgem Plan § 38 u. 62.[2])

so ist er insbesondere auch verbunden, die veränderte G
fahr des versicherten Gegenstandes als ihn betheiligend g
ten zu lassen, wenn diese Veränderung durch eine Ungehör
keit oder eine Schuld des Schiffers herbeigeführt, auch nicht et
vom Versicherten selbst veranlaßt oder genehmigt worden

Allgem. Plan § 49 u. 49 b.[4])
(arg. Assecur- u. Hav.-Ordn. Tit. 7. Art. 5)[5])

---

1) — Der Assecuradeur trägt allen Risico und Gefahr, Schaden
Verlust, welcher den Schiffen und Gütern auf eine oder die andere W
es sei durch Sturm, Ungewitter, Schiffbruch, Uebersegelung, Strand
Werfung, Brand, Nehm- und Plünderung, feindliche Anhaltung fre
Puissancen, Kriegs-Declarationen und Repressalien, Mißhandlung
Versehen des Schiffers und seines Volkes, zustoßen kann. –

2) — Aller Schaden, der den Schiffen oder Gütern, durch des Schi
Steuer-Leute und Schiffs-Volks Schuld, Versehen, Versäumniß und
handlung, es sei auf was Weise es wolle, widerfähret, bleibet zu den
curirenden Lasten und muß von denenselben gut gethan werden.

3) In den Allg. Plan sind die Bestimmungen der Assec.- u Hav.-O
nung wörtlich aufgenommen.

4) § 49. Wird bei einer nach mehreren Orten genommenen Versich
die in der Police angegebene Reihefolge nicht beobachtet, so gilt der au
halb solcher Reihefolge mit Wissen und Willen des Versicherten ange
gene Platz als der endliche Bestimmungsort und endet allda der Risico
Versicherers und die Prämie ist verdient.

§ 49 b. Geht ein Schiff mit Wissen und Willen des Versicherten
einem nicht in der Police bezeichneten Platze, so endet der Risico, sobald
Schiff nach diesem Platze seinen Cours nimmt und die Prämie ist verdi

Jedoch ist das Angehen britischer Häfen oder Rheden im Canal o
an der Südküste Irlands, um Ordre zu erhalten für aus dem atlantisch
Ocean kommende Schiffe, sowie das Angehen von Elseneur oder Kope
hagen für nach der Ostsee bestimmte Schiffe nicht präjudicirlich.

5) — Wenn ein Schiffer seine Reise verkürzet, ist der Risico geend
und die Prämie verdienet. Verlängert er aber dieselbe, z. E. daß er
einen andern Ort hingehet, als wohin er destiniret ist, und es geschie
solches mit Wissen und Willen des Assecurirten; so ist der Assecurade
für den Schaden, der dem Schiffe oder den Gütern auf einem sol
Umwege zustoßen möchte, überall nicht gehalten.

Der Kläger hat nun implicite schon in erster Instanz es geltend gemacht, daß Capitain Wynstock ihm gegenüber verpflichtet gewesen sei, von Helsingör nach Riga zu segeln. Denn nicht nur hat er die von diesem unterschriftlich anerkannte Havarierechnung über die von ihm, dem Kläger, berichtigten Reparaturkosten des in Helsingör als Nothhafen eingelaufenen, nach Riga bestimmten Schiffes

(„voor het Schip Johanna Margaretha etc. op de reis van Newburgh naar Riga gedesteneerd, wegen Zeeschade alhier binnengekoomen")

beigebracht,

H.-Ger.-Acten [9.]

in welcher Beibringung mittelbar die Behauptung zu erblicken ist, daß er für den Zweck der vorbemerkten Reise die Geldaushülfe geleistet habe, sondern er hat auch replicando ausdrücklich darauf sich berufen, daß der Beklagte, sein Versicherer, „für Versehen, Versäumniß und Bosheit des Capitains einstehen müsse," was in der Anwendung auf den hier in Rede stehenden Punkt nicht anders verstanden werden kann, als daß die Deviation (eventuell die Veränderung der Reise) eine Verletzung der dem Schiffer gegen ihn, den Kläger, obliegenden Pflichten enthalten habe. — Hat nun freilich der Beklagte diesen Theil der klägerischen Angaben in erster Instanz ohne speciellen Widerspruch gelassen, so wäre es gleichwohl nach den Grundsätzen des Hamburgischen Proceßrechts bedenklich, schon daraus ein Zugeständniß desselben abzuleiten, daß es sich mit der rechtlichen Stellung des Capitains Wynstock zu dem Kläger so, wie angegeben, verhalten habe. Dagegen erledigt sich dieses Bedenken in Folge der Art und Weise, in welcher der Beklagte jener klägerischen Behauptung gegenüber in zweiter und dritter Instanz sich verhalten hat. — Vor dem Obergerichte hat der Beklagte nicht etwa nur die wiederholentliche klägerische Geltendmachung des Umstandes, daß die Deviation, eventuell Veränderung der Reise eine Widerrechtlichkeit des Schiffers gegen den Kläger enthalten habe, in seiner Vernehmlassung wie-

derum ohne Widerspruch gelassen, sondern im seinseitigen Appellationslibell

O.-Ger.-Acten B. [2] p. 16.

sich dahin ausgesprochen:

„Allerdings würde Capitain Wynstock den Vorschußgeber (Hooites) getäuscht haben, wenn er ihn in dem Irrthume gelassen, daß er nach Riga versegeln wolle, allein diese Täuschung könne doch gewiß den Versicherer nicht concerniren."

Und nachdem der hier in Rede stehende wichtige Punkt in den Entscheidungsgründen zum Obergerichts-Erkenntnisse als ein nach dem Inhalt der Acten nicht streitiger bezeichnet, dem Beklagten also eine besondere Veranlassung gegeben worden war, falls er etwa sein früheres Schweigen als absichtslos hinstellen und der so eben angezogenen Aeußerung in seinem Appellationslibell zweiter Instanz eine andere Deutung als die vorstehend angenommene beizulegen versuchen wollte, damit in dritter Instanz, so weit wie thunlich, hervorzutreten, hat er in derselben den besprochenen Umstand nur als „irrelevant" bezeichnet.

O.-A.-Ger.-Acten [1] p. 18 u. 22.

Mußte hiernach, mit dem Obergerichte, davon ausgegangen werden, daß die Verpflichtung des Capitains Wynstock, direct nach Riga zu segeln — ohne dieses Punktes halber dem Kläger erst einen Beweis aufzulegen — als feststehend anzunehmen sei, so ergab sich daraus in Gemäßheit des Obigen nicht nur, daß der Kläger die Versicherung in einer der wirklichen Sachlage entsprechenden Weise genommen hat, sondern auch, daß demselben die vom Capitain Wynstock ausgegangene Veränderung der Reise oder Deviation nicht hat präjudiciren können.

Selbstverständlich ist es hierbei, und wird auch von dem Kläger nicht bestritten, daß, wenn dieser oder dessen Vertreter in Helsingör vor der Zeit des Assecuranz-Auftrages Kunde von der abseiten des Capitains Wynstock beabsichtigten Veränderung der Reise erhalten hätten, ohne entweder den Auf-

trag demgemäß zu ertheilen oder für die Einhaltung der richtigen Fahrt völlig ausreichende Fürsorge zu treffen, so wie auch, wenn sie — später davon benachrichtigt — die Veränderung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hätten, die Assecuranz für den Beklagten unverbindlich geworden sein würde. Demgemäß hat denn auch das Obergericht dem Beklagten wegen der von demselben behaupteten Wissenschaft event. Genehmigung des Klägers resp. dessen Vertreters Beweisführung nachgelassen. Wenn der Beklagte bei diesem Punkte die Beweislast von sich abwenden und dem Kläger aufgelegt wissen will, so ist dies ohne Grund. Die Berufung auf die klägerische Wissenschaft oder spätere Genehmigung bildet ein Vertheidigungsmoment des Beklagten, in Betreff dessen diesem die Beweispflicht obliegt.

Die von dem Beklagten in der zweiten Beschwerde in Vorschlag gebrachte, freilich für den Kläger bestimmte Beweisformulirung weicht von derjenigen, welche im Obergerichts-Erkenntnisse enthalten ist, materiell nicht ab. Ob der in den Acten genannte A. P. Hey zu Helsingör mit seinem Namen, oder ohne denselben — durch die Bezeichnung „Vertreter des Klägers in Helsingör" — in der Beweisformel aufgeführt wird, ist gleichgültig.

Die Ausführungen des Beklagten darüber, daß der Kläger Hooites und dessen Vertreter Hey, oder doch der eine oder der andere derselben, die von Capt. Wynstock beabsichtigte Directions-Veränderung der Reise nach Wahrscheinlichkeit vor dem Abschluß der Assecuranz gekannt hätten, jedenfalls bei gehöriger Diligenz hätten kennen müssen, können auf sich beruhen bleiben. Das zum ersten Punkt Vorgetragene hat für die Bestimmung der Beweislast und für die Formulirung des Beweissatzes keine Bedeutung und wird eventuell von dem Kläger im Beweisverfahren benutzt werden können; das „kennen müssen" hätte vielleicht zu einer Beweisnachlassung an den Beklagten wegen Vernachlässigung gehöriger Diligenz auf Seiten des Klägers führen können. Allein ein darauf gerichteter specieller Antrag ist in erster

Instanz nicht gestellt; jedenfalls ist in zweiter Instanz keine Beschwerde dieses Punktes halber erhoben worden.

II. Die in Betreff der klägerischen Legitimation zur Geltendmachung der fraglichen Assecuranzforderung erhobene dritte Beschwerde des Beklagten ist processualisch statthaft. Unbegründeter Weise bestreitet nämlich der Kläger, daß der Beklagte in erster Instanz den Antrag auf klägerische Nachweisung der Valutazahlung resp. an J. C. Jauch Söhne und A. J. Andresen & Comp. gestellt habe. Dies ist excipiendo ausdrücklich geschehen.

H.=G.=Acten [11] p. 1. initio.

Auch ist wegen dieses Gegenstandes vom Beklagten in voriger Instanz Beschwerde erhoben worden. Da es ungewiß ist, ob das Obergericht diese Beschwerde stillschweigend hat verwerfen wollen, oder ob es dieselbe unberücksichtigt gelassen hat, so steht dem Beklagten die weitere Verfolgung derselben in jetziger Instanz frei.

Die Beurtheilung des in Rede stehenden Punktes kann indessen mit dem Handelsgerichts=Erkenntnisse nur übereinstimmen. A. J. Andresen & Comp. haben die Assecuranz „für Rechnung wen es angeht" geschlossen. Durch die Vorlegung des Ordrebriefes und die auch im Uebrigen unbestritten gebliebene Aufklärung des Sachverhältnisses ist es außer Zweifel gestellt, daß A. J. Andresen & Comp. nur einfache Mandatare des Klägers, Hooites, gewesen sind. Das, was der Beklagte „Cession" nennt, ist mithin eine solche nicht, sondern nur eine urkundliche Bescheinigung über die Legitimation zur Geltendmachung des schon Anfangs dem Kläger zuständig gewesenen Forderungsrechts. Daß bei dieser Bescheinigung noch eine Mittelsperson genannt worden ist, ändert daran Nichts.

Hiernach mußte das Obergerichts=Erkenntniß durchweg bestätigt und der Beklagte zur Tragung der Kosten dieser Instanz verurtheilt werden.

Frankfurt. 32.

Edmund Ratisbonne zu Bourges, Kläger und Widerbeklagter, wider **Moritz von Haber** zu Frankfurt, Beklagten und Widerklägern, Forderungen betreffend.

Ankauf eines Antheils an dem Gründerrecht bei einem Actienunternehmen.

Bedeutung des „Syndicats" bei einem Actienunternehmen.

Rechtliche Stellung desjenigen, der einen Antheil am Gründerrecht käuft, dem ursprünglichen Subscribenten (als Verkäufer) gegenüber. Das O.=A.=Gericht faßt des Verhältniß als Societät auf.

Rechtsfall. Im Laufe des Jahres 1856 traten eine Anzahl Capitalisten, Geldinstitute u. s. w. zur Begründung eines Ostgalizischen Eisenbahnunternehmens zusammen, und zwar mit einem subscribirten Capital von 40 Millionen Gulden. Unter diesen ursprünglichen Zeichnern befand sich der Beklagte mit einem Betrage von 3 Millionen. Zur vorgängigen Wahrnehmung der Börseninteressen des Unternehmens ernannte man gleich zu Anfang, noch bevor die Concession definitiv ertheilt war, ein aus einem Theile der ursprünglichen Gründer gebildetes „Syndicat," welchem man den ausschließlichen Verkauf und eventuellen Wiederankauf, kurz das ganze Geschäft in den Promessen der Gesellschaft auf bestimmte Zeit übertrug.

In Folge telegraphischer und brieflicher Verabredung hatte nun der Kläger von dem Beklagten einen Theil des von Letzterem erworbenen Gründerrechtes, nämlich einen Antheil zum Betrage von 500,000 fl. gekauft und dafür einen Coursavance von 11 %, also 55,000 fl., als Kaufpreis bezahlt. Diese Betheiligung war dem Kläger von dem Beklagten „im Syndicat" überlassen worden.

Nachdem die Concession von Seiten der K. K. Oesterreichischen Regierung am 3. März 1857 ertheilt und am 2. Septbr. desselben Jahres die Publication der inzwischen genehmigten Statuten der „K. K. privilegirten galizischen Carl-Ludwigs-Bahn“ erfolgt war, gerieth das Unternehmen in Folge der zu Ende 1857 eingetretenen Handelskrise in Stockung, und die Unternehmer waren nunmehr bemüht, von der Regierung eine wesentliche Modification der ihnen ursprünglich ertheilten Concession zu erlangen. In Folge dieser Bemühungen gelang es wirklich, am 7. März 1858 eine weitere Concession zu erhalten, durch welche das ursprüngliche Unternehmen in wesentlichen Punkten verändert und, worauf es hier namentlich ankommt, auch das erforderliche Actiencapital von 40 Millionen auf 15 Millionen herabgesetzt ward.

Diese Veränderungen der Sachlage führten zu Differenzen unter den Partheien, indem der Kläger sich weigerte, Actien zum Belaufe von 500,000 fl. zu empfangen, weßhalb Beklagter, nachdem er auf dieselben die erforderlichen Einschüsse mit zusammen 30 % geleistet, sich genöthigt sah, zum Verkaufe der Actien mit einem Coursverlust zu schreiten.

Von Seiten des Klägers ward nun die Sache bei dem Stadtgerichte zu Frankfurt anhängig gemacht, indem er das ganze Geschäft als für ihn unverbindlich darstellte und auf Rückzahlung der als Kaufpreis, wie oben bemerkt, gezahlten 55,000 fl. klagte, jedenfalls aber verlangte, daß seine Betheiligung im Verhältniß der stattgehabten Reduction des Actiencapitals um $^5/_8$ ermäßigt und ihm vom Beklagten mithin der Betrag von 34,375 fl. zurückerstattet werde. Dies Verlangen ward vom Beklagten in allen Theilen bestritten und in der Widerklage vielmehr nach einer desfalls aufgemachten Berechnung Bezahlung derjenigen Beträge verlangt, welche dem Beklagten für Einzahlungen, Coursverlüste bei dem Verkaufe, Provisionen u. s. w. auf die von dem Kläger zu vertreten gewesenen Actien von Letzterem zu vergüten seien.

Das Stadtgericht wies in einem Erkenntnisse vom 8. Mai 1863 die Klage als unbegründet ab und verurtheilte den

Kläger auch, mit geringen, hier nicht in Betracht kommenden Modificationen, in die reconveniendo geforderten Beträge, sowie in die Kosten.

Am 16. Septbr. 1863 wurde dies Erkenntniß vom Appellationsgericht unter Verurtheilung des Klägers in die Hälfte der in dieser Instanz erwachsenen Kosten bestätigt, wobei nur das hervorgehoben werden mag, daß die zweite Instanz das eventuelle klägerische Gesuch nur auf Grund einer in den Acten zu findenden klägerischen Anerkennung verwarf.

Das O.-A.-Gericht dagegen verurtheilte den Beklagten am 29. April 1865 in die Rückerstattung von 5/8 des ihm vom Kläger gezahlten Betrages und wies die Widerklage angebrachtermaßen ab.

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 29. April 1865.

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 16. September 1863, wie hiemit geschieht, aufzuheben und

1) den vom Kläger erhobenen Anspruch anlangend, der Beklagte für schuldig zu erklären sei, dem Kläger fünf Achtel der im Jahre 1856 vom demselben erhaltenen Prämie von 55,000 fl. mit 34,375 fl., sammt Zinsen zu 5 Procent seit dem 7. April 1858 zurückzuzahlen,

2) die Widerklage anlangend, der Beklagte mit derselben angebrachtermaßen abzuweisen sei.

Die Kosten erster Instanz hat der Beklagte dem Kläger zu drei Viertheilen zu erstatten, ein Viertheil derselben so wie die Kosten dieser und der vorigen Instanz werden compensirt, und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die rechtliche Beurtheilung der vorliegenden Sache, insofern bei derselben

I. der vom Kläger auf Zurückzahlung der von ihm dem Beklagten im Jahre 1856 gezahlten 55,000 fl., eventuell von fünf Achteln dieser Summe, erhobene Anspruch in Frage steht, hängt vor Allem davon ab, was als der Inhalt des zwischen den Parteien im August 1856 zu Stande gekommenen Geschäfts anzusehen und welches rechtliche Verhältniß dadurch unter denselben herbeigeführt worden ist.

Jenes Geschäft bezog sich auf das in dem genannten Jahre von einer Anzahl galizischer Grundherren in Verbindung mit mehreren Bank-Instituten und Banquier-Häusern in Angriff genommene und von der Oesterreichischen Regierung genehmigte Unternehmen der Erbauung und des Betriebes von Eisenbahnen, welche in Galizien zum Zwecke der Vervollständigung der damals noch unvollendeten Eisenbahn-Verbindung zwischen Krakau und Lemberg, insbesondere aber der Herstellung von Eisenbahn-Verbindungen zwischen Lemberg und Brody sowie zwischen Lemberg und Czernowicz ausgeführt werden sollten. Noch bevor die Regierungs-Concession zu diesem Unternehmen formell ertheilt worden war, vereinigten sich die Unternehmer (die „Gründer"), welche zusammen das erforderliche Capital von 40 Millionen fl. unterzeichnet hatten (mit Ausnahme einiger wenigen, worauf es indessen hier nicht ankommt), zur Bestellung eines „Vertriebs-Consortiums," im vorliegenden Falle „Syndicat" genannt. Der Zweck dieses Syndicats war der gewöhnlich mit solchen Vertriebs-Consortien verbundene, nämlich durch planmäßig zu leitende Börsen-Operationen den höchstmöglichen Verkaufs-Ertrag der Actien (oder, bis dieselben emittirt sein würden, der vorläufig auszufertigenden Actien-Promessen) zu erreichen. Zu diesem Zwecke begaben sich die Theilnehmer des Consortiums des Rechts, die Actien und resp. die Actien-Promessen selbst und nach eigenem Gutdünken zu verkaufen, überließen vielmehr deren Vertrieb gemeinschaftlich bestellten Bevollmächtigten (ihren Syndics, „dem Syndicat"). Das Syndicat sollte für Rechnung der Unterzeichner die Verkäufe höchstmöglich in Ausführung bringen, vorkommenden Falles aber auch, wenn

dies für rathsam zu halten sei, durch Ankäufe auf ein Steigen des Preises hinzuwirken oder doch einem etwaigen Fallen desselben vorzubeugen suchen. Die von den Betheiligten über die Einsetzung des Syndicats (am 1. Juli 1856) geschlossene Vereinbarung ist von dem Beklagten, Moritz von Haber, mit eingegangen worden; auch war derselbe, was übrigens für die vorliegende Sache ohne Bedeutung ist, selbst einer der bestellten Syndics. Seine Betheiligung bei dem Unternehmen belief sich auf die von ihm unterzeichnete Summe von 3 Millionen fl.

In der vorgedachten Vereinbarung ist es freilich nicht ausdrücklich ausgesprochen, allein es ging selbstverständlich aus der Natur des ihr zu Grunde liegenden Verhältnisses hervor, daß das Ergebniß der Syndicats-Operationen ein die Interessenten desselben gleichmäßig betheiligendes sein, und das Syndicats-Comité nach der Beendigung seiner Operationen seinen Auftraggebern Rechnung über dieselben abzulegen haben sollte. Der Beklagte hat sich in seiner Duplik hierüber folgendermaßen geäußert: „die Actien, resp. Actienpromessen, durften innerhalb der Zeit der Dauer des Syndicats nicht aus demselben herausgefordert werden. Das Syndicat machte Verkäufe aus der Gesammtheit der im Syndicat befindlichen Actien, resp. Promessen, den Umständen nach auch Rück-Ankäufe. — Gewinn, Verlust und Abgang an verkauften Actien wurden pro rata unter die Mitglieder des Syndicats vertheilt.“ (Genauer, sie würden vertheilt worden sein, wenn nicht der ordentliche Gang des Unternehmens durch spätere Vorgänge abgebrochen und ferner verhindert worden wäre.)

In die Zeit, in welcher nach den vorbemerkten Vorgängen freilich die Ausführung des in Rede stehenden Eisenbahn-Unternehmens gesichert zu sein schien, die Regierungs-Concession aber noch nicht ausgefertigt worden war, übrigens der Beklagte in der oben gedachten Weise den aus der Theilnahme am Syndicat hervorgehenden Beschränkungen für seinen Subscriptions-Antheil und resp. die auf denselben zu er-

langenden Actien sich unterworfen hatte, fällt der Abschluß des zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Geschäfts.

Nachdem der Kläger — ohne nähere Kunde von dem damaligen Stande der Sache — dem Beklagten im Juli 1856 brieflich gemeldet hatte, er wünsche unter die Zahl der Subscribenten auf das Galizische Eisenbahn-Unternehmen aufgenommen zu werden, antwortete ihm der letztere am 29. Juli, die Subscribentenliste sei geschlossen, übrigens hätten die Subscribenten ein Syndicat gebildet; er rathe dem Kläger, sobald das Syndicat seine Geschäfte eröffnet haben werde, durch ihn von demselben kaufen zu lassen. — Wäre in Gemäßheit dieses vom Beklagten gemachten Vorschlages ein Ankauf vom Syndicat in Ausführung gebracht worden, so würde der Kläger gewöhnlicher Käufer von Actien (zunächst von Actien-Promessen), der Beklagte Einkaufs-Commissionair oder Einkaufs-Mandatar desselben geworden sein, ohne daß der weitere Verlauf der Angelegenheit zu besonderen Rechtsfolgen Veranlassung gegeben hätte.

Der Kläger entschloß sich indessen, nicht Actien-Promessen oder Actien, sondern einen Interessen-Antheil an dem Unternehmen käuflich zu erwerben. Er ersuchte den Beklagten im Schreiben vom 4. August,

> „de vouloir bien lui procurer la cession d'un des associés du syndicat d'une part de son intérêt dans l'affaire du chemin de fer de Galicie."

Nach einem für die späteren Vorgänge unerheblichen Schreiben an den Kläger vom 11. August erließ der Beklagte am 12. August eine telegraphische Depesche an den Kläger des Inhalts:

> „Je vous cèderai 500,000 fl. Galiciens dans le Syndicat moyennant 11 % Agio, si vous acceptez de suite par le télégraphe –"

Da der Kläger dieses Anerbieten des Beklagten durch telegraphische Antwort umgehend annahm, so wurde das Geschäft perfect.

Den Gegenstand dieses Geschäftes anlangend, unterliegt es schon nach dem Vorstehenden keinem Zweifel, daß derselbe durch einen Theil desjenigen Subscriptions- oder Gründer-Rechts gebildet worden ist, welchen sich der Beklagte durch die Theilnahme an der Unterzeichnung auf das in Rede stehende Eisenbahn-Unternehmen neben den übrigen Subscribenten, seinen Mit-Gründern, gesichert hatte, und zwar mit den Beschränkungen, Vortheilen wie Nachtheilen, welche für den Beklagten aus dessen Betheiligung an dem Syndicat hervorgingen oder in späterer Zeit hervorgehen konnten.

Irrelevant ist es hiebei, daß, wie der Beklagte dem Kläger später in einem Schreiben vom 19. August angezeigt hat, der verkaufte Gründer-Antheil nur zur Hälfte seiner, des Beklagten, eigenen Subscription, zur Hälfte derjenigen eines Mit-Interessenten („d'un ami") entnommen sein oder werden sollte. Der Beklagte hatte bei dem Abschluß des Verkaufs nur von seinem Antheil gesprochen („je vous céderai"), und da der angebliche Mit-Interessent des Beklagten dem Kläger nicht genannt und in keinerlei rechtlichen Nexus mit demselben getreten ist, so sind aus dem vorbesprochenen Umstande Rechtsfolgen nicht abzuleiten.

Mit der im Obigen gegebenen Charakterisirung des Geschäfts, als des Verkaufs eines Gründer-Antheils mit den Vortheilen und Lasten, welche sich aus dem Syndicat ergeben möchten, stimmen die kurz nach dem Abschluß gewechselten schriftlichen Erklärungen der Parteien überein. Der Beklagte schrieb dem Kläger am 14. August,

> „je vous ai offert par voie télégraphique la cession d'une part d'intérêt de 500.000 fl. dans le syndicat des actions du chemin de fer etc."

und am 19. August,

> „en vous cédant 500,000 fl. de ma part de participation"

so wie am 8. September,

> „vous ferez une belle affaire de l'intérêt, que je vous ai cédé dans le syndicat"

Geschäftsabschluß geführten Correspondenz der Parteien, daß der Kläger schon damals die Bedeutung eines „Syndicats" wirklich gekannt hat. Er theilte nämlich dem Beklagten in einem Schreiben vom 19. August mit, daß er in einem früheren Falle schlimme Erfahrungen bei einem Actien-Unternehmen (bezüglich einer Aachener Spiegelglas-Manufactur) gemacht habe, bei welchem seine Actien im Syndicat sich befunden hätten, und ein bedeutender Verlust dadurch herbeigeführt worden sei, daß das Syndicats-Comité nicht rechtzeitig verkauft habe.

Abgesehen hievon erscheint die hier in Rede stehende Begründung des klägerischen Antrages auch deshalb verwerflich, weil, nachdem der Beklagte in seinem Schreiben vom 19. August 1858 das Wesentliche der Folgen einer Syndicats-Betheiligung dem Kläger dargelegt und es demselben frei gestellt hatte, falls er nicht bei dem Geschäft dessen ganzem Umfange nach zu verbleiben wünsche, dasselbe auf die Hälfte zu reduciren, der Kläger mittelst einer telegraphischen Depesche (erwähnt in dem klägerischen Schreiben vom 2. September 1854) dies Anerbieten ablehnte, also nunmehr das Geschäft mit voller Kunde von dem Wesen und der Wirkung eines Syndicates dessen gesammtem Umfange nach als gültig anerkannte.

Nicht minder grundlos ist

2) die Argumentation des Klägers, daß das in Rede stehende Geschäft deshalb für ungültig zu achten und der gezahlte Kaufpreis ihm ganz zurückzuzahlen sei, weil es mit der Natur desjenigen Verhältnisses, auf welches der Verkauf gerichtet gewesen, im Widerspruch gestanden habe; insofern nämlich, als der Beklagte zufolge des Inhalts der Syndicats-Vereinbarung als Verkäufer überhaupt nicht habe auftreten dürfen.

Hier hat es freilich seine Richtigkeit, daß die Theilnehmer der Syndicats-Gemeinschaft sich gegenseitig verpflichtet hatten, mit Promessen auf die auszugebenden Actien, später mit den Actien selbst, vor Beendigung der Syndicats-Opera-

tionen nicht an den Markt zu gehen; allein weder stand dieser Umstand dem zwischen den Parteien geschlossenen Geschäft entgegen, noch würde der Kläger berechtigt gewesen sein, dem Beklagten gegenüber auf jenen Umstand sich zu berufen. — Ersteres ergiebt sich daraus, daß der Beklagte dem Kläger nicht Actien-Promessen oder Actien, sondern einen Theil seines Gründer-Rechtes verkauft hatte. Für den Zweck oder die Wirksamkeit des Syndicats wurde denn auch Nichts dadurch geändert, daß, während bis zum Zustandekommen des unter den Parteien geschlossenen Geschäfts der Beklagte die gesammten 3 Millionen fl., für welche er bei jener Gemeinschaft betheiligt war, im eigenen Interesse vertreten hatte, ihn von jenem Zeitpunkte an materiell nur noch $2\frac{1}{2}$ Millionen angingen, $\frac{1}{2}$ Million aber den Kläger betraf. Diese halbe Million wurde der Veräußerungs-Wirksamkeit des Syndicats eben so wenig entzogen, als die im Vermögen des Beklagten verbleibenden $2\frac{1}{2}$ Millionen. — Nicht minder ist übrigens auch der angeführte andere Grund durchschlagend. Der Kläger versucht es, geltend zu machen, daß der Beklagte, indem er einen Theil seines Subscriptionsrechts ihm verkaufte, gewissen gegen dritte Personen — die Syndicatsgenossen — übernommenen Verbindlichkeiten zuwider gehandelt habe, was, wie keiner Ausführung bedarf, als Argument aus dem Rechte Dritter, Wirkung auszuüben nicht vermag.

Der Kläger behauptet

3) aus dem Grunde berechtigt zu sein, das zwischen ihm und dem Beklagten im August 1856 geschlossene Kaufgeschäft als aufgehoben und folglich den Kaufpreis — die 55,000 fl. — als ihm wiederum zugefallen in Anspruch nehmen zu können, weil jenes Geschäft durch die Börsen-Bekanntmachung des Syndicats-Comité d. d. Wien den 5. Juli 1858 betroffen worden sei, mittels welcher jenes Comité zur öffentlichen Kunde gebracht, „daß die Geschäfte, welche das Syndicat in den Actien der vormals projectirten ostgalizischen Eisenbahn im Verkauf oder im Kauf abgeschlossen habe, — aufgelöset und die desfalls eingegangenen Verbindlichkeiten

für aufgehoben erklärt worden seien." — Diese, unbestritten in der angegebenen Weise erlassene Publication ist in Betreff des unter den Parteien abgeschlossenen Contract-Verhältnisses ohne Wirksamkeit. Wie von selbst einleuchtet, wohnte jener bloßen Privat-Bekanntmachung gesetzliche Kraft nicht inne; eben so wenig waren die Parteien dieses Processes durch eine vertragsmäßige Verpflichtung verbunden, sich derselben zu unterwerfen, und endlich bezog sich die Bekanntmachung gar nicht auf Contracte, wie der unter den Parteien geschlossene. Es bedarf einer weiteren Ausführung nicht, daß Verkäufe und Käufe von Antheilsrechten zwischen Gründern unter einander oder zwischen Gründern und Dritten wesentlich verschieden waren von Verkäufen und Käufen, welche Promessen oder Actien zum Gegenstande hatten. Von den letzteren Geschäften allein redete aber die in Bezug genommene Bekanntmachung; überdies nur von solchen, welche durch das Syndicat geschlossen worden waren.

Es kommt hiernach auf die von den Parteien besprochene Frage nicht weiter an, wodurch jener Schritt des Syndicats im Verhältnisse zu denjenigen, mit welchen es contrahirt hatte, veranlaßt worden ist.

Boten die bisher in Betracht gezogenen Versuche des Klägers, den von ihm in Betreff der Kaufpreis-Zurückzahlung gestellten Antrag zu begründen, kaum einen Schein des Rechtes dar, so verhielt es sich dagegen anders

4) mit seiner Berufung darauf, daß das ihm verkaufte, jedoch, wie oben bemerkt worden, unter der Disposition des Beklagten verbliebene Antheils-Recht durch die von den Gründern — unter diesen auch von dem Beklagten — gefaßten Beschlüsse und die von ihnen mit der Oesterreichischen Regierung getroffene spätere Vereinbarung dem Gegenstande wie dem Ergebnisse nach so wesentlich verändert worden sei, daß eine Identität des ursprünglich projectirt gewesenen Unternehmens und des später wirklich zur Ausführung gekommenen nicht mehr bestanden habe und mithin der Beklagte, welcher dem Kläger den Gegenstand des Kaufs entzogen, den vollen

empfangenen Kaufpreis zurückerstatten müsse; daß aber jedenfalls als die nothwendige Folge der Verkleinerung des Unternehmens um $^5/_8$ der beabsichtigt gewesenen pecuniairen Ausdehnung eine Verbindlichkeit des Beklagten angenommen werden müsse, dem Kläger einen jener Verkleinerung entsprechenden Theil des Kaufpreises, also $^5/_8$ von 55,000 fl. oder 34,375 fl., zurückzuzahlen.

Im Allgemeinen besteht darüber keine Ungewißheit, daß in der hier in Betracht kommenden Zeit — nämlich nach dem Erlaß der ersten, am 3. März 1857 von der Oesterreichischen Regierung ertheilten, dem ursprünglichen Projecte entsprechenden Concession und nach Publicirung der auf derselben Grundlage beruhenden „Statuten der K. K. priv. galizischen Carl-Ludwigs-Bahn" vom 2. September dess. Jahres tief eingreifende Veränderungen des ursprünglichen Projects, insbesondere auch die vorgedachte Verkleinerung des Unternehmens Statt gefunden haben. — Eine Vergleichung der so eben angezogenen ersten Concessions-Urkunde mit der späteren vom 7. April 1858 zeigt nämlich, daß

a) die den Gründern zum Eisenbahn-Bau und Eisenbahn-Betriebe ursprünglich überlassenen ostgalizischen Strecken Przemysl-Lemberg, Lemberg-Brody und Lemberg-Czernowicz ersetzt worden sind durch die Strecke Krakau-Lemberg nebst zwei kleinen Seitenzweigen nach Wielicka und Niepolomice, also durch eine erheblich kleinere und zugleich wesentlich westgalizische Eisenbahnstrecke. Die auf einem Theil dieser letzten schon erbauete, der Regierung gehörige Eisenbahn (Krakau-Dembica) hatten dabei die Gründer käuflich zu übernehmen, also nicht erst zu erbauen.

b) Während das zur Ausführung des ursprünglich projectirt gewesenen Unternehmens für erforderlich geachtete und von den Gründern gezeichnete Capital — zugleich statutenmäßig das Capital der am 2. Septbr. 1858 sanctionirten Gesellschaft „K. K. privilegirte galizische Carl-Ludwigs-Bahn" — 40 Millionen fl. betragen hatte, belief sich dasjenige des später vereinbarten und dann wirklich ausgeführten Unternehmens

nur auf 15 Millionen fl. — Es heißt demgemäß in Betreff dieses Gegenstandes in der zweiten Concession § 18:

„es werden die Beiträge der Gründer und ursprünglichen Subscribenten auf drei Achtel des gezeichneten Actien-Capitals herabgesetzt."

Wenn der Beklagte den Versuch macht, es zu bestreiten, daß die im Vorstehenden angegebenen Veränderungen des ursprünglichen Unternehmens als solche gelten müßten, resp. sie als für den Kläger wirkungslos zu bezeichnen, so kann ihm hierin nicht beigetreten werden.

In Betreff der oben

unter a) berührten neuen Bestimmungen der zweiten Concession behauptet der Beklagte, die Strecken Lemberg-Brody und Lemberg-Czernowicz seien keineswegs aufgegeben; vielmehr sei zu denselben und derjenigen Przemysl-Lemberg (welche letztere einen Theil der Linie Krakau-Lemberg bildet) die Linie Krakau-Przemysl in solcher Weise neu hinzugekommen, daß nur eine — und zwar sehr vortheilhafte — Erweiterung des ursprünglichen Unternehmens anzunehmen sei. Dies steht indessen mit dem Inhalt der zweiten Concession im Widerspruch. Die Linien Lemberg-Brody und Lemberg-Czernowicz sind in Wirklichkeit aus dem Bereich der projectirt gewesenen Gesellschaftsbahnen ausgeschieden, und die Absicht der Gründer sie zu bauen ist aufgegeben worden, wie denn auch die hiezu erforderlichen Geldmittel nicht mehr zusammen gebracht werden sollten. Das, worauf der Beklagte sich hier stützt, besteht nur darin, daß den Concessionairen für jene Bahnen ein Vorzugsrecht vor anderen Concurrenten für künftige Zeiten, falls sie sich später zu dem Antrag veranlaßt sehen sollten, daß ihnen der Bau jener Bahnen für ihre Rechnung übertragen werde, eingeräumt worden ist. Es heißt in der mehrerwähnten zweiten Concession:

„die in der Concession vom 3. März 1857 erwähnten Linien Lemberg-Brody und Lemberg-Czernowicz sollten derselben entfallen, und habe an deren Stelle die kaiserliche Zusage zu treten, es werde den Concessionairen bezüglich

dieser Linien der Vorzug vor anderen Bewerbern ertheilt werden, wenn sie dieselben Bedingungen eingehen würden, unter welchen dritte Personen sich zum Bau dieser Bahnstrecke erbieten möchten"

Diese Worte lassen über den hier in Rede stehenden Gegenstand keinen Zweifel. Den

unter b) berührten Umstand, die Verringerung des Capitals um fünf Achtel von 40 Millionen fl. auf 15 Millionen, sucht der Beklagte als im Verhältnisse zum Kläger wirkungslos darzustellen, indem er geltend macht, die Reduction sei von der Regierung an der angezogenen Stelle der Concession nur „den Gründern und ursprünglichen Unterzeichnern" zugestanden worden, von solchen Personen aber, welche von Gründern Betheiligungsrechte gekauft hätten, sei dort nicht die Rede. — Dies Letztere hat freilich seine Richtigkeit, allein die ausschließliche Erwähnung der Gründer in dem angezogenen Satze der Concession ist hier irrelevant. Die Regierung stand überhaupt nur mit den „Gründern und ursprünglichen Subscribenten" in rechtlicher Verbindung und allein von diesen hatte sie die Einzahlungen zu fordern. Die etwanigen Singularsuccessoren der letzteren — Personen, welche von den Gründern 2c. Antheilsrechte oder Promessen gekauft hatten — betheiligten sie dagegen nicht. Hiernach ist das von dem Beklagten zur Anwendung zu bringen versuchte argumentum e contrario aus dem Grunde unpassend, weil keine Veranlassung dazu bestanden hatte, der etwanigen ferneren Erwerber zu gedenken. Uebrigens steht der beklagtischen Auffassung positiv das entgegen, daß es etwas sich selbst Widersprechendes sein würde, das Gesammt-Capital auf 37½ Procent zu ermäßigen und freilich die Betheiligung der Gründer ebenfalls bis auf dieses Maaß herabzusetzen, die etwanigen Singular-Nachfolger der Gründer aber mit 100 Procent beitragen zu lassen. — Berücksichtigt man endlich hier speciell das Verhältniß der Parteien zu einander, so ist gegen das hier in Rede stehende beklagtische Vorbringen die Erwägung entscheidend, daß der Kläger von dem Beklagten gerade

einen Theil des diesem zuständigen, in der Concession als reducirt bezeichneten „Gründer"-Rechts gekauft hatte. Demzufolge konnte für die Zeit, wo es sich, wenn sonst Nichts im Wege stand, um die Ueberlieferung der Actien handelte, nur das der Gegenstand der Berechtigung und resp. der Abnahmepflicht des Klägers sein, was aus dem verkauften Theil des Gründer-Rechts resultirte. Und dies war das Ergebniß von nur drei Achteln einer Betheiligung von 500,000 fl., also eine Betheiligung von 187,500 fl., und nicht ein Mehreres.

Das Appellationsgericht hat denn auch die vorstehende Auffassung in Betreff der Abnahmepflicht des Klägers — speciell insofern es sich um den vom Beklagten beanspruchten Ersatz der durch ihn geleisteten Capital-Einzahlung von resp. 10 und 20 Procent auf die Actienbeträge handelte — gebilligt und ist nur wegen eines anderen Grundes (der Replik der klägerischen Anerkennung einer Betheiligung mit ungeminderten 500,000 fl.) zu einem hiervon abweichenden Ergebnisse gelangt. Dagegen ist es dem Beklagten darin beigetreten, daß

erstens die oben näher berührte Veränderung des Unternehmens nicht geeignet sei, den Kläger zu berechtigen, das Ergebniß der erkauften Betheiligung auch für die existent gebliebenen $^3/_8$ des Unternehmens als ihn nicht mehr angehend zurückzuweisen und in Folge dessen den gesammten gezahlten Kaufpreis vom Beklagten zurückzufordern, und daß

zweitens eben so wenig die Reduction des Unternehmens um $^5/_8$ die Folge für den Kläger haben könne, eine verhältnißmäßige Herabsetzung des Kaufpreises zu beanspruchen, also 34,375 fl. von dem Beklagten zurückzufordern.

Für die Beurtheilung der beiden vorstehenden Punkte kommt es vor Allem darauf an, welches rechtliche Verhältniß zwischen den Parteien von dem Zeitpunkte an bestand, in welchem der Kläger Käufer des mehrbezeichneten Theils des beklagtischen Gründer-Rechtes geworden, der Beklagte aber — wie oben bemerkt — im Verhältnisse zu der Gründer-Gemeinschaft in unveränderter Ausübung aller aus seiner Mittheil-

nahme an dem Unternehmen sich ergebenden Rechte geblieben war. — Jenes Verhältniß ist unbedenklich auf die Grundlage der Societät zurückzuführen. Das bis zum klägerischen Erwerb des in Rede stehenden Theils der beklagtischen Participation dem Beklagten allein zuständige Recht wurde von dem Zeitpunkte jenes Erwerbes an ein gemeinschaftliches, und zwar dem Beklagten zu $^5/_6$, dem Kläger zu $^1/_6$ zustehend. Gleichwohl blieb der Beklagte — wie der nach Außen handelnd auftretende Socius bei der stillen Gesellschaft oder der gerirende Socius bei der Gesellschaft für einzelne Unternehmungen — nach Außen der alleinige Verwalter des gemeinschaftlichen Gegenstandes; übrigens mit allen Rechten und Pflichten eines Socius: mit den Rechten, insofern er verlangen durfte, vom Kläger in den Stand gesetzt zu werden, die auf den Antheil desselben fallenden Lasten (die Einschüsse zum Actien-Capital, etwanige Zubußen zu dem Ergebniß der Syndicats-Operationen u. dgl.) ohne eigene Opfer beseitigen zu können; mit den Pflichten, insofern es dem Beklagten oblag, nicht etwa nur bei der schließlichen Abwickelung der gemeinschaftlichen Angelegenheit dem Kläger zu überliefern, was diesem an Actien, Antheil am Syndicats-Gewinn u. s. w. gebührte, sondern auch schon während der Gemeinschaft das Interesse des Klägers so weit zu wahren, wie dies den Umständen nach für erforderlich gehalten werden mußte. Insbesondere gehörte zu diesem Letzteren die Pflicht des Beklagten, den seiner Obhut und Fürsorge überlassenen Vermögenstheil des Klägers im ungeschmälerten Bestande zu erhalten und, wenn es sich um Entschließungen handelte, durch welche dieser Bestand beeinträchtigt oder wesentlich modificirt werden konnte, nur dann zu deren Fassung und Ausführung seine Einwilligung zu ertheilen, wenn entweder der vorher befragte Kläger seine Zustimmung gegeben hatte, oder kein Zweifel darüber bestand, daß der Nutzen des Klägers durch dieselbe werde befördert, beziehungsweise Schaden von demselben werde abgewendet werden, indem in solchem Falle bei dem hier in Frage stehenden Unternehmen, welches, wenigstens so weit

es dabei auf den Kläger ankam, nur pecuniairen Gewinn zum Zweck hatte, der Beklagte, als handelnder Socius, auch ohne vorgängige Einwilligung seines Mit-Theilhabers sich für berechtigt halten konnte, selbst tief eingreifende Modificationen des gemeinsamen Gegenstandes eintreten zu lassen.

Der Beklagte ist der Meinung, daß es auf die in Gemäßheit des Vorstehenden anzustellenden Erwägungen hier nicht ankomme, vielmehr der Kläger die eingetretene Modificationen deshalb ohne Weiteres sich gefallen lassen müsse, weil er — von deren Bevorstehen unterrichtet — keinen Widerspruch dagegen erhoben habe; außerdem aber auch aus dem Grunde, weil die in Rede stehenden Modificationen das Ergebniß der Nothwendigkeit gewesen seien und mithin der Kläger dieselben als casuell bewirkt gelten lassen müsse. — Keiner dieser Anführungen kann nach dem, was vorliegt, beigestimmt, auch nicht etwa dem Beklagten eine Beweisführung wegen derselben nachgelassen werden.

Anlangend den ersten dieser Punkte, so geht es aus dem Inhalt der zweiten Concession (vom 7. April 1858) hervor, daß die Oesterreichische Regierung auf Grund eines ausdrücklichen Antrages der Gründer, unter denselben auch des Beklagten, die mehrbesprochene Abänderung des Unternehmens hat eintreten lassen. Es heißt in jener Concession:

> „Wir haben auf Bitten der Gründer der ostgalizischen Bahn, namentlich — — Moritz von Haber" ꝛc.

Zu diesem Antrage ist die Zustimmung des Klägers vom Beklagten nicht eingeholt worden. Der Beklagte giebt nur an, dem Kläger am 25. Octbr. 1857 geschrieben zu haben, er sage ihm im Vertrauen, daß die Gründer mit der Oesterreichischen Regierung in Verhandlung ständen, um die von Krakau nach Dembica führende Eisenbahn übertragen zu erhalten, und es sei Hoffnung vorhanden, dies zu erreichen. Auch will der Beklagte dem Kläger später Anzeige davon gemacht haben, daß jene Uebertragung bewilligt worden sei.

Der Kläger hat den Empfang eines Schreibens vom 25. Oct. 1857, sowie überhaupt das ganze vorbemerkte beklagtische

Vorbringen geleugnet. Auf eine Bewahrheitung der beklagtischen Angabe ist wegen Irrelevanz derselben nicht einzugehen. Gesetzt, der Beklagte hätte dem Kläger jene Mittheilung gemacht, so würde der letztere dennoch nicht auf den Gedanken haben kommen können, es handle sich um irgendwelche erhebliche Modificationen des gesammten Unternehmens, vollends nicht um eine solche, bei welchem die pecuniaire Ausdehnung desselben auf $^3/_8$ des projectirt gewesenen Umfangs werde reducirt werden. Der Kläger hätte bei jenen Worten nur eine von den Gründern ins Auge gefaßte Erweiterung des Unternehmens als in Frage stehend annehmen können, und zwar eine Erweiterung, über deren vortheilhafte Folgen für letzteres er außer Zweifel sein dürfe. Hiernach würde in dem Schweigen des Klägers auf jene Mittheilung nur die Erklärung des Inhalts gelegen haben, daß er mit einer vortheilhaften Erweiterung des Unternehmens im Allgemeinen einverstanden sei und dem Beklagten das Fernere in Betreff dieses Punktes überlasse. — Ebenso wenig hätte, wie keiner Ausführung bedarf, die spätere Anzeige des Beklagten, die Uebertragung der Bahn von Krakau nach Dembica sei bewilligt, falls sie dem Kläger gemacht worden sein sollte, den Effect haben können, das Fehlen einer der fraglichen Veränderung vorangehenden Anfrage bei dem Kläger auszugleichen oder eine nachträgliche Genehmigung desselben zu ersetzen.

Allein auch die zweite der oben berührten Einwendungen ist hinfällig, darin bestehend, daß der Beklagte aus dem Gange, welchen die in Rede stehende Angelegenheit in den Jahren 1857 und 1858 genommen habe, abzuleiten sucht, die in Rede stehenden Veränderungen seien das Resultat casueller Ereignisse gewesen und der Kläger müsse in Folge dessen dieselben nach allen Richtungen ganz so sich gefallen lassen, wie sie Statt gefunden haben.

Ohne Zweifel würde der Kläger, als Cessionar eines der Mit-Gründer und in Folge dessen selbst Interessent des Unternehmens, wie im Falle der Ausführung dieses letzteren die Folgen aller auf dessen Ergebnisse nachtheilig einwirken-

den äußeren Ereignisse, so auch im Falle eines völligen Scheiterns den Verlust der von ihm für den Ankauf des Theilnahme-Rechts und für die etwa schon zu machen gewesenen Einzahlungen aufgewendeten Geldmittel selbst zu tragen gehabt haben, ohne den Beklagten deshalb in Anspruch nehmen, oder den für das Theilnahme-Recht gezahlten Kaufpreis von diesem zurückfordern zu können. Wäre z. B. in Folge von Zahlungsunfähigkeit eines bedeutenden Theils der Subscribenten das Unternehmen in Insolvenz gerathen und dadurch die Oesterreichische Regierung in die Lage gebracht, die Concession als verfallen zu behandeln, so hätte der Kläger dies für seine $1/2$ Million fl.-Betheiligung nicht minder zu verschmerzen gehabt, wie es in Betreff des Beklagten wegen der ihm verbliebenen $2\,1/2$ Millionen fl. der Fall gewesen sein würde. Und eine gleiche rechtliche Nothwendigkeit, sich dem Unvermeidlichen zu fügen, würde auch in dem Falle eingetreten sein, wenn der Verlust des Ganzen nur durch gewisse Opfer, oder durch vielleicht erhebliche und mit Verlust verbundene Modificationen des Unternehmens hätte abgewendet werden können. Es fragt sich deshalb, wie es sich hier mit dem Factischen verhält, ob nämlich Umstände aus den Acten hervorgehen oder doch in genügender Weise, um auf Beweis derselben erkennen zu können, vom Beklagten substantiirt worden sind, welche die Annahme begründen, daß die in Ausführung gebrachten Veränderungen des Unternehmens als das Ergebniß wirklicher Nothwendigkeit anzusehen seien. Dies kann nicht angenommen werden. Das, was der Beklagte in der vorbemerkten Richtung angegeben hat, führt nur darauf hin, daß unter ungünstigen äußeren Umständen von einer sich darbietenden Gelegenheit Gebrauch gemacht worden ist, dem Unternehmen eine mit minderen Schwierigkeiten verbundene Wirksamkeit, und außerdem eine nach Wahrscheinlichkeit größere Ergiebigkeit zu verschaffen, insbesondere aber, was bei den finanziellen Zuständen der betreffenden Zeit als ein Vortheil anzusehen gewesen, dasselbe bedeutend zu verkleinern. Der Beklagte giebt in seiner Vernehmlassung erster Instanz aus-

drücklich an, daß, wenngleich es unter den Geldverhältnissen der Jahre 1857 und 1858 sehr schwierig gewesen sein möchte, die Subscribenten zu den Einzahlungen, zu welchen sie sich verpflichtet gehabt hätten, zu nöthigeu, dies doch — wenngleich nicht ohne Nachtheile für die Betheiligten — ausführbar gewesen sein würde. Statt aber auf eine solche Durchführung der Sache mit Strenge zu bestehen, habe die Oesterreichische Regierung die Gesellschaft von einem Theil der ihr auferlegten Verpflichtungen entbunden und ihr überdies große anderweitige Vortheile gewährt. Nach dieser Darstellung des Beklagten sind es nur Zweckmäßigkeitsgründe gewesen, durch welche die mit der Oesterreichischen Regierung geschlossene neue Vereinbarung veranlaßt worden ist; von einer casuellen Nöthigung der Interessenten, die in Rede stehenden Veränderungen in Ausführung zu bringen, ist dagegen Nichts behauptet worden. — Auf diesen Umstand wird bei der Beurtheilung des Punktes wegen der vom Kläger eventuell beantragten Herabsetzung des Kaufpreises auf $^{3}/_{8}$ des vereinbarten Betrages zurückzukommen sein.

Anlangend sodann die zur Entscheidung stehenden Fragen selbst, und zwar erstens die Principalfrage, ob der Kläger berechtigt sei, den mehrbesprochenen Veränderungen seine Anerkennung zu versagen, somit das ausgeführte Unternehmen als mit demjenigen, an welchem er sich betheiligte, nicht identisch ganz zurückzuweisen und folgeweise den gesammten gezahlten Kaufpreis zurückzufordern, so hängt die Beantwortung derselben zufolge des Vorbemerkten davon ab, ob die bezüglichen vom Beklagten vorgebrachten Rechtfertigungsmomente als an sich ausreichend und zugleich als vom Kläger zugestanden anzusehen sind, und Beides muß nach dem Inhalt der Acten bejaht werden. Es handelte sich bei dem in Rede stehenden Unternehmen für das Interesse des Klägers nicht darum, auf welchen besonderen Gegenstand die zusammenzubringenden Geldmittel verwendet würden. Ob die zu erbauende Bahn eine ostgalizische oder eine westgalizische sei, ob sie eine größere oder eine kleinere Ausdehnung, diese oder

jene Richtung erhalte, konnte freilich für die bei dem Unternehmen betheiligten galizischen Grundherren von Erheblichkeit und zwar den Umständen nach von großer Erheblichkeit sein, für den Kläger, welcher nur ein Börsengeschäft machen wollte und der es schon bei der ersten mit dem Beklagten über das vorliegende Geschäft geführten Correspondenz betont hatte, daß es ihm auf Wiederverkäuflichkeit der zu erlangenden Effecten wesentlich ankomme, waren jene Umstände gleichgültig. Der Beklagte war in Folge dessen zu der Annahme berechtigt, im Sinne des Klägers zu handeln, also einer eigens einzuholenden Einwilligung desselben nicht erst zu bedürfen, wenn er auch in Vertretung des klägerischen Antheils zu einer Veränderung seine Zustimmung gab, welche muthmaßlich über erhebliche Schwierigkeiten und selbst Gefahren hinwegführte und eine Verkäuflichkeit der zu erlangenden Actien zu günstigeren Bedingungen in begründetere Aussicht stellte, als auf welche man bei den Actien des ursprünglich projectirt gewesenen Unternehmens zu rechnen gehabt hätte. Es bedürfen auch die Anführungen, durch welche der Beklagte den von ihm und seinen Mitgründern an die Oesterreichische Regierung gestellten Modifications- und resp. Reductions-Antrag als einen in der besprochenen Richtung wohlbegründeten darzustellen gesucht hat, eines Beweises nicht. Der Kläger hat nämlich dieselben nicht bestritten, sie vielmehr nur — weil es nicht auf die Vortheilhaftigkeit oder Unvortheilhaftigkeit des neuen Unternehmens, sondern allein auf dessen Identität oder Nicht-Identität im Verhältniß zu dem ursprünglich projectirt gewesenen, ankomme — als irrelevant bezeichnet. Hiernach ist ein klägerisches Zugeständniß in Betreff des in Rede stehenden Punktes anzunehmen, und der Kläger darf sich mithin nicht weigern, die in Ausführung gebrachte Veränderung, resp. Reduction des Unternehmens als auch auf seinen Antheil wirksam geworden anzuerkennen. Auch nach jener Veränderung ist also der Kläger Interessent des Unternehmens geblieben; freilich des veränderten Unternehmens, und zwar nach Maßgabe des geringeren Umfanges desselben im Verhältniß

zum ursprünglich projectirten, nämlich mit einer Capitalbetheiligung von nur 187,500 fl., während diese früher 500,000 fl. betragen hatte. — Demgemäß ist es unbegründet, wenn der Kläger den gesammten im Jahre 1856 gezahlten Kaufpreis zurückfordert, da der auf 3/8 des verkauften Objectes validirende Theil desselben, wie auch in Betreff der übrigen 5/8 zu erkennen sein möge, dem Beklagten jedenfalls verbleiben muß.

In Betreff dieses letzteren Gegenstandes ist dagegen zu Ungunsten des Beklagten zu erkennen, nämlich der klägerischen eventuellen Zurückforderung von 5/8 des gezahlten Kaufpreises zu entsprechen.

Daß die mehrgedachte Verringerung des Unternehmens durch einen seitens der Gesammtheit der Gründer in deren gemeinsamen Interesse an die Oesterreichische Regierung gerichteten Antrag hervorgerufen worden ist, auch ohne den übereinstimmenden Beschluß der Gründer gar nicht hätte zur Ausführung kommen können, hat schon oben Erwähnung gefunden. Diesem Antrage und Beschlusse muß aber nothwendiger Weise eine Verständigung der Gründer unter einander zur Basis gedient haben; die Verständigung, das Unternehmen auch für ihr gegenseitiges Verhältniß in dem betreffenden Maaße zu verringern, also die Betheiligungen der Einzelnen demgemäß herabzusetzen. Hat nun freilich bei dieser Verständigung der Kläger nicht concurrirt, — auch weil er als Theilhaber der Gründer-Gemeinschaft nicht aufgenommen worden war, nicht concurriren können — so ist dennoch, da der Beklagte die Willensmeinung des Klägers nicht eingeholt hat und also eine abweichende Verabredung zwischen beiden nicht vorgekommen ist, der Inhalt des als unter den übrigen Betheiligten vereinbart Vorauszusetzenden in gleicher Weise auch im Verhältniß der Parteien zu einander maßgebend. Dies führt selbstfolgend dahin, daß, wenn der Gegenstand des im August 1856 geschlossenen Kaufgeschäfts so, wie vorbemerkt, auf 3/8 des ursprünglich angenommenen Umfanges verringert wurde, auch der Kaufpreis in gleichem Maaße eine Herabsetzung erleiden muß.

Auf dasselbe Ergebniß führt auch die nachstehende Erwägung hin. Wollte der Beklagte, um in seinem eigenen und seiner Mit-Gründer Interesse das Zustandekommen des neuen Arrangements zu ermöglichen, dem an die Oesterreichische Regierung zu richtenden Antrage für die gesammte von ihm gezeichnete Summe von 3 Millionen fl., also auch für die hievon dem Kläger überlassene halbe Million fl. beitreten, so konnte dies, worüber oben das Nöthige bemerkt worden ist, auf eine für den Kläger verbindliche Weise nur in Folge einer, wenn nicht ausdrücklichen, doch wenigstens begründeter Weise zu vermuthenden Zustimmung desselben geschehen. Eine ausdrückliche Zustimmung steht überhaupt nicht in Frage; eine vermuthliche ist freilich zufolge des Obigen insofern anzunehmen, als es sich um die Herbeiführung der neuen Maßregel im Allgemeinen und um den Anschluß des Klägers an das vom Beklagten in deren Veranlassung Vorgenommene handelt, keineswegs aber insofern, als, wenn es die Absicht des Beklagten gewesen sein sollte, ungeachtet der Reduction des Unternehmens auf $^3/_8$ des ursprünglichen Belaufs, dennoch im Besitz des Gesammt-Kaufpreises zu verbleiben, der Kläger auch hiermit einverstanden gewesen sei. Es ist im Gegentheil fast mit Sicherheit anzunehmen, daß, wenn der Beklagte zu der Zeit, als es sich um den an die Regierung zu stellenden Veränderungs- und Reductions-Antrag handelte, dem Kläger die Sachlage und seine Absicht, ungeachtet der Reduction des Unternehmens dennoch im Besitz der vollen 55,000 fl. zu verbleiben, mitgetheilt hätte, der Kläger nicht verfehlt haben würde, die Rückgabe des verhältnißmäßigen Theils des Kaufpreises zur Bedingung seiner Consens-Ertheilung zu machen. Auch ist nicht daran zu zweifeln, daß der Kläger in der Lage gewesen wäre, auf dieser Bedingung, für welche Gründe des Rechts wie der Billigkeit evident sprachen, mit Erfolg zu beharren.

Gegen die vorstehende Argumentation könnte der Einwand erhoben werden, der Beklagte setze im Verhältniß zum Kläger eine Reduction der Betheiligung desselben gar

nicht voraus, sehe ihn vielmehr nach wie vor als für eine halbe Million fl. bei dem, wenngleich reducirten Unternehmen betheiligt an, und somit falle die Grundlage, von welcher hier ausgegangen werde, hinweg. Dieser Einwand hat freilich insofern einigen Schein, als der Beklagte bei seinem Verfahren vor dem Processe, so wie auch bei seiner Vertheidigung im Processe wirklich von der vorstehenden Auffassung ausgegangen ist; allein die Unhaltbarkeit derselben unterliegt keinem Zweifel, wogegen mit Recht der obige Ausgangspunkt für die hier zur Beurtheilung stehende Frage gewählt worden ist.

Ein anderer vom Beklagten — und zwar unter Zustimmung der früheren Richter — dem Kläger bei dem vorliegenden Streitpunkt entgegengesetzter Einwand ist schon oben als unbegründet nachgewiesen: der Einwand, daß die Reduction des Unternehmens ein casuelles Ereigniß gewesen sei, welches den Ausfall der klägerischen Speculation ungünstig gestaltet, und insbesondere auch den Nachtheil für den Kläger gehabt habe, daß er für die von ihm als Kaufpreis gezahlten 55,000 fl. nur $^3/_8$ des Objects, welches er sich durch denselben habe verschaffen wollen, erlangt habe. Es ist darauf zu verweisen, daß von der Reduction nur als von einer aus Zweckmäßigkeitsgründen beschlossenen, auf freier Zustimmung der Betheiligten beruhenden Maßregel zu reden ist.

Das der vorstehenden Ausführung entsprechende Ergebniß, daß der Kläger freilich mit einer Betheiligung von 187,500 fl. Interessent des veränderten, insbesondere verringerten Unternehmens verblieben, der ursprünglich übernommene Mehrbetrag von 312,500 fl. aber annullirt worden sei und dem Kläger in Folge dessen das Recht zustehe, den hierauf zu rechnenden Theil des im Jahr 1856 gezahlten Kaufpreises, nämlich 34,375 fl., von dem Beklagten zurückzufordern, würde sich indessen den Anträgen des Beklagten gemäß umgestalten, wenn die von diesem vorgeschützte Einrede klägerischer Anerkennung der beklagtischen Auffassung für begründet zu halten sein sollte.

Diese Einrede ist von dem Beklagten darauf gestützt worden, daß der Kläger zu wiederholten Malen in einer Zeit, nachdem die Veränderung des Unternehmens und insbesondere dessen Reduction schon erfolgt, auch als erfolgt dem Kläger bereits bekannt gewesen sei, sich so benommen habe, als sei er damit einverstanden, daß der Beklagte ungeachtet jener Vorgänge ihn als mit derjenigen vollen Summe bei dem neuen Unternehmen betheiligt behandle, mit welcher er, der Kläger, bei dem ursprünglich projectirt gewesenen Unternehmen sich interessirt gehabt hatte und interessirt geblieben sein würde, wenn dieses so wie beabsichtigt zur Ausführung gekommen wäre. Der Beklagte leitet hieraus nachstehende Folgerungen ab: für die Vorklage, daß, wenn auch an und für sich ein Recht des Klägers bestanden haben sollte, 5/8 seiner Betheiligung, also die Zeichnung des Betrages von 312,500 fl., als annullirt anzusehen und demgemäß den hierauf valedirenden Theil des Kaufpreises zurückzufordern, doch dies Zurückforderungsrecht als vom Kläger aufgegeben angesehen werden müsse; für die demnächst zu berührende Widerklage, daß der Kläger für den ungeminderten Belauf von 500,000 fl. als bei dem Unternehmen der zweiten Concession betheiligt und beziehungsweise wegen der von dem Beklagten vorläufig zu leisten gewesenen Einschüsse diesem obligirt zu behandeln sei.

Das Stadtgericht hat keine Veranlassung gehabt, die beklagtische Berufung auf die klägerische Anerkennung ferneren Betheiligtseins mit vollen 500,000 fl. besonders zu berühren, das Appellationsgericht hat sie dagegen als begründet angenommen und sogar wesentlich hierauf die Condemnation des Klägers in der Widerklage insoweit gestützt, als es sich dort um den vom Beklagten behaupteten Verlust auf die — auch nach des Appellationsgerichts Ansicht — an und für sich den Kläger nicht angehenden 312,500 fl. handelte. Eine nochmalige Prüfung dieses Gegenstandes führte indessen zu einem von der Auffassung der früheren Richter abweichenden Ergebnisse.

Auszugehen ist hier in Gemäßheit der obigen Ausführung von der Annahme, daß dem Kläger nach dem Eintritt der Reduction des Unternehmens ein Forderungsrecht von 34,375 fl. an den Beklagten zustand, ferner, daß er bei dem auf Grund der zweiten Concession ausgeführten Unternehmen nur mit einer Actiensumme von 187,500 fl. betheiligt war. Sollte der Kläger nicht mehr befugt sein, jenes Forderungsrecht geltend zu machen, und beziehungsweise seine Betheiligung bei dem in Rede stehenden Unternehmen wiederum um die Summe von 312,500 fl. vergrößert werden, so war dazu ein neues Rechtsgeschäft erforderlich. Daß ein Geschäft vorgedachten Inhalts ausdrücklich geschlossen worden sei, hat der Beklagte nicht behauptet. Soll aber der Abschluß desselben aus concludenten Handlungen des Klägers abgeleitet werden, so bedarf es dazu der Gewißheit, daß der Kläger jene Handlung mit Kunde von der rechtlichen Sachlage und mit dem Willen, ein neues Geschäft, und zwar das bestimmte hier in Rede stehende Geschäft, mit der Wirkung eines Verzichts auf die Forderung von 34,375 fl. und der Erweiterung seiner Betheiligung bei dem modificirten Unternehmen um den mehrgedachten Belauf, vorgenommen habe.

Der Inhalt der Acten rechtfertigt es nicht, Handlungen des Klägers, welchen der vorstehend angegebene Sinn inwohnte, als vorliegend anzunehmen.

Der Kläger soll den Umstand, mit vollen 500,000 fl. betheiligt zu sein, dadurch anerkannt haben, daß, nachdem der Beklagte ihm von der für seine Rechnung geleisteten ersten Einschußzahlung von 10 Procent Nachricht gegeben, er hiegegen keine Verwahrung eingelegt, vielmehr Schritte zur Befriedigung des Beklagten gethan, außerdem über den Verkauf seiner, des Klägers, Betheiligung in dem in Rede stehenden größeren Umfange mit dem Beklagten correspondirt habe.

Die vorstehend angegebenen Umstände haben zwar an und für sich ihre Richtigkeit, sie sind indessen theils ganz bedeutungslos, theils würden sie nur unter der Voraussetzung einer vollständigen Bekanntschaft des Klägers mit dem wirklichen

Sachverhältnisse durchgreifende Wirkung haben können; eine Voraussetzung, welche als vorhanden nicht anzunehmen ist.

Der Hergang ist nach den Acten im Wesentlichen folgender gewesen.

Am 7. April 1858 erfolgte die zweite Concession, durch welche alle Betheiligungen, auch diejenige des Klägers, bis auf $^3/_8$ des ursprünglichen Umfangs verringert wurden. Ungehöriger Weise machte der Beklagte dem Kläger von dieser wichtigen Veränderung der rechtlichen Stellung desselben nicht nur keine Anzeige, sondern verfuhr sogar in solcher Weise positiv im Verhältniß zu ihm, als ob bis auf einige Verbesserungen des Unternehmens durch neue günstige Gewährungen seitens der Oesterreichischen Regierung Alles im früheren Stande geblieben sei. — Zu Ende des Mai 1858 hatte der Beklagte auf die von ihm gezeichneten insgesammt 3 Millionen fl., jetzt reducirt auf 1,125,000 fl., die ersten 10 % einzuzahlen. Obschon hievon den Kläger nur 187,500 fl. mit einer Einzahlung von 18,750 fl. angingen, so brachte der Beklagte demselben dennoch eine Einzahlung auf 500,000 fl. mit 50,000 fl. zur Last und sprach sich demgemäß im Briefe vom 5. Juni 1858 aus, dessen Inhalt in den Acten (von beiden Seiten im Wesentlichen übereinstimmend) so angegeben ist, daß darin Nichts von den durch die Reduction des Unternehmens herbeigeführten wesentlichen Veränderungen mitgetheilt worden. Statt dessen schilderte der Beklagte das Unternehmen als in größter Prosperität stehend und bemerkte, der Kaiser habe die Gnade gehabt, demselben große Vortheile zuzuwenden, so daß Jedermann versichere, die den Unternehmern ertheilte Concession sei die vortheilhafteste, welche jemals gewährt worden. Nach dem Inhalte dieses Briefes konnte der Kläger nicht auf den Gedanken kommen, daß irgend Etwas, was besondere Aufmerksamkeit erfordere oder Mißtrauen gegen die Vollständigkeit und Treue der Angaben und des Verfahrens des Beklagten zu erregen geeignet sei, vorliege. Wenn er unter diesen Umständen die vorgedachte Mittheilung des Beklagten, daß er, Kläger, sich im Verhältniß zu diesem als Schuld-

ner des Einschusses auf volle 500,000 fl. anzusehen habe, entgegennahm und in Gemäßheit derselben ferner verfuhr, so kann daraus in der hier fraglichen Richtung zu seinen Ungunsten Nichts abgeleitet werden. — Der Beklagte bemerkt zwar in der Duplik „das Nähere konnte der Kläger aus den ihm zugeschickten Concessionen ersehen." Der Kläger hat jedoch nicht nur geleugnet, die Concessionen jemals von dem Beklagten zugeschickt erhalten zu haben, sondern die bloße Zusendung der in Rede stehenden, 55 Seiten füllenden Druckschrift, welche ein genaues Studium erforderte, um den hier in Betracht kommenden Punkt ausfindig zu machen, hätte die Mittheilung, welche der Beklagte dem Kläger hatte zugängig machen müssen, und deren Gegentheil er durch sein Verfahren und sein Schreiben bekundet hatte, nicht ersetzen können.

Hiernach ist Alles für den in Frage stehenden Punkt irrelevant, was der Kläger in Veranlassung der beklagtischen Meldung vom 5. Juni 1858 bezüglich einer Schuld von 55,000 fl. (herrührend aus dem Einschusse, welchen der Beklagte für ihn geleistet haben wollte) und des beklagtischen Besitzes von klägerischen Actien zum Belaufe von 500,000 fl. dem Beklagten geschrieben oder was er zum Zweck der Vergütung jenes Betrages veranstaltet hat; und nur darauf kann es noch ankommen, ob in dem Verhalten des Klägers, nachdem er am 20. Februar 1859, wie er dies damals dem Beklagten meldete, von einem dritten Wiener Hause die Nachricht von der Börsenbekanntmachung des Syndicats empfangen hatte („que toutes les ventes ont été annullées par suite de la modification du projet primitif, qui a changé complètement l'aspect de l'affaire"), eine Bezeugung des Klägers gelegen habe, daß er in der oben gedachten Weise verzichten und sich weiter, als es ihm rechtlich oblag, verpflichten wollte. Dies ist nicht anzunehmen; wie denn auch der Beklagte, falls er das fernere Verfahren des Klägers in vorgedachter Weise verstanden haben sollte, nicht in Zweifel darüber hätte sein können, daß der Kläger von unrichtigen Auffassungen des Sachverhältnisses ausgehe und irre leiten-

den Eindrücken nachgebe. Dem Beklagten hätte es aber obgelegen, wenigstens jetzt dem Kläger vollständige und genaue Mittheilungen über die Sachlage zu machen. Das geschah indessen so wenig, daß der Beklagte am 1. März 1859 — in dem Antwortschreiben auf den klägerischen Brief vom 20. Febr. — nur die Irrelevanz der Syndicats-Börsen-Bekanntmachung dem Kläger gegenüber geltend machte, ohne ihm über irgend welche Aenderung des rechtlichen Verhältnisses, insbesondere über das Nähere der wesentlichen in Betracht kommenden Reduction des Unternehmens Mittheilung zu machen. Hiernach kann es dem Kläger nicht zum Nachtheil gereichen, wenn er dem Beklagten gegenüber noch eine Zeitlang bis dahin, wo es zum Ausbruch der Differenzen kam, von derjenigen unrichtigen Auffassung der Sachlage ausging, welche der Beklagte selbst bei ihm hervorgerufen hatte. — Auf die Einzelheiten des klägerischen Verhaltens kommt es dabei nicht an.

Erledigte sich hiernach die Einrede der Anerkennung zu Gunsten des Klägers, so war in der Vorklage dem Obigen gemäß die beklagtische Verpflichtung zur Zahlung von 34,375 fl. an den Kläger auszusprechen. — Wenn der Kläger Zinsen auf den Conventionalbelauf seit dem Tage des Contracts-Abschlusses, dem 13. August 1856, gefordert und außerdem Ersatz des Interesses wegen der ihm von dem Beklagten unmöglich gemachten Verwendung des streitigen Capitals gefordert hat, so bedarf die Grundlosigkeit des letzteren, an sich gänzlich unsubstantiirt gebliebenen und jedenfalls, weil mit der Zinsen-Forderung verbunden, unzulässigen Antrages keiner Ausführung. Der Anfang des Zinsenlaufes ist ferner, da erst mit dem Erlaß der Concession vom 7. April 1858 die Rückforderung des Klägers auf $^{5}/_{8}$ der dem Beklagten gezahlten 55,000 fl. existent wurde, auf den vorgedachten Zeitpunkt festzusetzen.

II. Die Widerklage erledigt sich zufolge des im Bisherigen Ausgeführten insoweit gänzlich, als derselben der Anspruch des Beklagten zu Grunde gelegt worden ist, vom Kläger wegen der Einzahlungen auf den für annullirt zu achten-

den Actienbetrag von 312,500 fl. befriedigt zu werden. Es kann hiernach nur noch auf den Anspruch des Beklagten wegen der Einschüsse auf die in Wirksamkeit gebliebenen 187,500 fl. ankommen. Diesem Anspruche, so wie derselbe hier aufgestellt worden ist, steht es aber entgegen, daß die Verkaufsselbsthülfe, welche eine der Grundlagen desselben bildet, unter den vorliegenden Umständen eine unstatthafte war. Der Kläger ist nämlich nicht auf gehörige Weise in Verzug gesetzt worden, wenn er, welcher nicht mehr als 937½ Actien dem Beklagten abzunehmen und nur darauf die resp. Einschüsse zu vergüten verbunden war, aufgefordert wurde, 2500 Actien, unter Einschußvergütung auf diese gesammte Zahl, zu empfangen. Ueberdies war der Beklagte für den ersten Einschuß von 10 % auf die klägerischen 937½ Actien durch die dem Kläger geschuldeten 34,375 fl. gänzlich und für den zweiten Einschuß von 20 % zum größeren Theil gedeckt.

Da die widerklagend aufgestellte Rechnung den vom Beklagten behaupteten Ausfall auf die gesammten 2,500 Actien ungetrennt aufstellt und eine Separirung des darin aufgeführten Ergebnisses, soweit dieses resp. auf die 937½ und 1,562½ Actien sich bezieht, nicht thunlich ist, so war es angemessen, die Widerklage angebrachtermaßen abzuweisen.

Die Kosten dieser und der vorigen Instanz waren zu compensiren; dagegen war in Betreff der Kosten erster Instanz, da der Beklagte in der Vorklage zum größeren Theile unterliegt, die Widerklage aber abgewiesen werden muß, wie im Erkenntnisse geschehen, auf Compensation eines Viertels und auf Verurtheilung des Beklagten in drei Viertel derselben zu erkennen.

33. Lübeck.

J. H. A. Bosse zu Hamburg, Namens seiner Ehefrau **Anna Maria Catharina** geb. **Schmidt**, Kläger, wider **Heinrich Philipp Christian Kasch** zu Lübeck, Beklagten, Ausführung eines Mandates betreffend.

Beweislast bei der Entschädigungsklage des Mandanten. Ist der Verkauf einer Sache dem Mandatar völlig unbeschränkt überlassen worden, und der Mandant behauptet, daß sie zu wohlfeil verkauft worden sei, so hat er zu beweisen, welchen Erlös die Sache ihrer objectiven Beschaffenheit nach zu liefern versprach. Dagegen liegt ihm nicht der Beweis einer culpa des Mandatars, sondern dem letzteren der Beweis der angewendeten höchsten Sorgfalt ob. Ebenso trifft den Mandatar die Beweislast, wenn es streitig ist, ob beim Eingang einer beschränkenden Instruction des Mandanten der Verkauf bereits abgeschlossen gewesen sei, oder nicht.

Beweis über den Zeitpunkt eines Vertragsabschlusses. Wird eine zu gewisser Zeit erfolgte Erklärung der beiderseitigen Einwilligung (z. B. die Unterzeichnung einer Vertrags-Urkunde) nachgewiesen, so ist die Behauptung, daß der Vertrag schon früher zum Abschluß gelangt und durch jene Erklärung nur bestätigt worden sei, Sache des Gegenbeweises.

Rechtsfall. Der im Frühjahr 1862 verstorbene Kaufmann J. M. N. Schmidt zu Lübeck hinterließ eine Wittwe und drei Töchter, wovon eine an den Kaufmann J. H. A. Bosse in Hamburg verheirathet ist. Bosse hatte sich nach dem Tode seines Schwiegervaters auf kurze Zeit nach Lübeck begeben, hier den Kaufmann H. Ph. Chr. Kasch ersucht, sein und seiner Frau Interesse in der Erbschaftsangelegenheit wahrzunehmen, und demselben sodann zu diesem Zweck von Hamburg aus eine am 29. April 1862 notariell ausgefertigte Vollmacht seiner Frau, von ihm als Ehemann mit unterzeich-

net, zugestellt. Diese Vollmacht, vom jetzigen Beklagten in einer von klägerischer Seite als richtig anerkannten Abschrift zu den Acten gebracht, lautet ganz allgemein auf Besorgung aller Geschäfte und Angelegenheiten betreffs Regulirung des Schmidt'schen Nachlasses, mit einer Reihe von Specialclauseln wegen gerichtlicher und außergerichtlicher Vertretung, namentlich mit der Ermächtigung, Ab- und Zuschriften in der Audienz und bei den Hypothekenbüchern zu beschaffen. Im Einverständniß mit Kasch wurde bald darauf von der Wittwe Schmidt und den Vormündern ihrer beiden unverheiratheten Töchter der Verkauf des zum Nachlaß gehörigen Wohn- und Geschäftshauses eingeleitet. Bosse wurde am 21. Mai durch eine der Töchter brieflich benachrichtigt, daß sich ein Käufer gefunden habe, der 18,000 ℳ für das Haus geben wolle, und, da er sich nähere Auskunft ausbat, unter dem 26. Mai von seiner Schwiegermutter aufgefordert, nach Lübeck zu kommen, da am 27. Mai Abends 6 Uhr der Kaufvertrag unterzeichnet werden solle. Bosse ließ hierauf in den Nachmittagsstunden des 27. Mai seinem Mandatar Kasch folgendes Telegramm zufertigen:

„Genehmige den Verkauf des Grundstückes nicht, biete vorläufig 500 Mark mehr; bitte um briefliche Nachricht."

Dennoch unterzeichnete Kasch Abends vor zwei Notarien neben den übrigen Miterben und ihren Vormündern die, von dem Käufer L. A. Ch. Dellien schon vorher vollzogene, Vertrags-Urkunde, und meldete dies gleich darauf seinem Mandanten mit Berufung darauf, daß er von ihm ohne Nachricht gelassen worden sei, und den Verkauf, gleich den Miterben, für vortheilhaft halte. Nachdem Bosse am 29. Mai in Lübeck erschienen war und den verschiedenen Interessenten gegenüber notarielle Proteste hatte aufnehmen lassen, wurde in seinem und seiner Frau Namen die jetzt in Frage stehende Klage gegen Kasch angestellt. Sowohl der Inhalt der Klage, als die Vertheidigungsgründe des Beklagten ergeben sich aus den nachfolgenden Erkenntnissen, und es ist nur noch zu erwähnen, daß der gegen den Beklagten am 29. Mai erhobene Protest

als Anl. 2 der Klage überreicht wurde, und laut dieses Documentes der Beklagte dem Notar näher dargelegt haben soll, wie er am Abend des 27. Mai auf Grund der, wenige Stunden vorher empfangenen, telegraphischen Depesche sich der Unterzeichnung lange geweigert habe, wie ihn aber die Mitverkäufer bestürmt, auch die anwesenden Notare ihm vorgestellt hätten, daß es sich um eine bloße Formalität handle.

1) Erkenntniß des Niedergerichts vom 20. December 1862.

Der Inhalt der Erwägungsgründe ist im Wesentlichen folgender.

Was das Rubrum betreffe, so beziehe sich das Auftragsverhältniß, woraus geklagt werde, lediglich auf die Erbansprüche der klägerischen Ehefrau an den Nachlaß ihres Vaters; der Ehemann habe demnach nur in dieser seiner Eigenschaft auftreten können, auch wenn ihm nach Hamburgischem Recht die freie Ausübung der Vermögensrechte seiner Frau zustehen sollte; auch habe die Ehefrau die Proceßvollmacht persönlich mit ertheilt; es sei daher einfach die Ehefrau Bosse cum curatore marito als Klägerin zu rubriciren.

In der Sache selbst stelle sich die dem Beklagten ertheilte Vollmacht nach der als richtig anerkannten Abschrift als eine für die gesammte Nachlaßregulirung gegebene Generalvollmacht unbeschränkten Inhaltes dar, und danach sei Beklagter — vorerst von der telegraphischen Depesche abgesehen — zu dem fraglichen Rechtsgeschäfte ohne besondere Instruction befugt gewesen, sofern er dabei nur dem Interesse der Mandantin entsprechend nach seiner gewissenhaften Ueberzeugung verfahren sei, obwohl er um seiner eigenen Sicherstellung willen vielleicht vorsichtiger gehandelt hätte, thunlichst Ermächtigung einzuholen. Wenn sich hienach Klägerin replicando auf eine beschränkende Abrede dahin berufe, daß Beklagter nichts Wesentliches, namentlich keine Veräußerung ohne vorherige Instruction vornehme, so sei es ihre Sache, diese Abrede darzuthun. Werde dieser Beweis erbracht, so sei Beklag-

ter, weil er auftragswidrig gehandelt, der Klägerin unzweifelhaft verantwortlich und sei demgemäß auf fernere, insbesondere auch die vorbehaltene Schadensliquidation betreffende Anträge weiter zu verfügen.

Aber auch ohne jenen Beweis sei der Beklagte nicht ohne Weiteres für frei von Verantwortung zu halten. Vielmehr habe er

1) in Rücksicht auf den Vertragsabschluß überhaupt, da er als Mandatar zur Rechenschaft verpflichtet und namentlich auch bei einem Verkaufe die Beobachtung gehöriger Diligenz darthun müsse, seinerseits zu beweisen, daß der Verkauf, so wie er abgeschlossen worden, für einen dem Interesse der Erben, also auch der Klägerin, entsprechenden zu achten gewesen sei, wofür denn schon die erweisliche Zustimmung der andern Miterben und namentlich des Stadtamtes als obervormundschaftlicher Behörde mindestens ein sehr wichtiges Moment abgeben würde.

2) Was die Unterzeichnung des schriftlichen Contracts betreffe, so habe Beklagter nach Empfang der telegraphischen Depesche, gegen deren Werth er unhaltbare Einwendungen vorgebracht habe, selbstständige Verpflichtungen für seine Mandantin in Betreff des Hausverkaufs nicht mehr eingehen dürfen, und müsse daher die mündlich bereits vorhergegangene Perfection des Vertrages darthun.

Erbringe Beklagter diese beiden Beweise, so sei er von Verantwortlichkeit frei, indem er einerseits die unbeschränkte Vollmacht für sich habe, andererseits nach Perfection des Vertrags, zu welchem die Schrift nur als Beweismittel habe hinzutreten sollen, zur Vollziehung des schriftlichen Contracts rechtlich verbunden gewesen sei, und sich derselben nicht mehr habe weigern können, ohne sich und eventuell seine Mandantin Ansprüchen möglicherweise weitgehender Art auszusetzen.

Der Beweis zu 2) werde dem Beklagten auch nicht schon durch den Inhalt der Notariatsurkunde Anl. 2 entzogen, da theils darin nur ein außergerichtliches Geständniß enthalten sei, dessen Ernstlichkeit den Umständen nach wohl einigem Be=

denken unterliegen könne und von der Klägerin selbst angezweifelt werde, theils die daselbst hinsichtlich des Vertragsabschlusses vorkommenden Aeußerungen dem Beklagten als Laien nicht nach der vollen Schärfe juristischer Ausdrucksweise zuzurechnen sein dürften, und zudem die dort angeführte Bezugnahme des Beklagten auf die Erklärungen der Notare in der That auf eine vorherige Perfection des Vertrages hinweise.

Uebrigens sei im gegenwärtigen Processe nur über die Verantwortlichkeit des Beklagten gegen die Klägerin für die Benachtheiligung derselben durch sein Verfahren, insbesondere etwa auch dahin, daß die Klägerin nicht aus dem Verkaufscontracte in Anspruch genommen werde, nicht aber über Rechte Dritter zu entscheiden, und deshalb werde sich der ausdrücklich nur für den Fall, daß sich in diesem Rechtsstreite die Unterzeichnung des Contracts für die Klägerin als unverbindlich ergebe, gestellte eventuelle Antrag auf Erwirkung einer Zusatzacte hier nicht zur Berücksichtigung eignen. Jedenfalls sei ein weiteres Eingehen darauf jetzt noch nicht an der Zeit, da eine präcise Entscheidung darüber von dem Ausfalle des obigermaßen einzuleitenden Beweisverfahrens abhänge.

Das Erkenntniß selbst lautet hiernach:

Das Rubrum ist, wie im Eingange geschehen, zu fassen. Würde, in der Sache selbst, Klägerin binnen Ordnungsfrist, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, beweisen:

daß bei der ihrerseits, durch ihren Ehemann, im April d. J. erfolgten Ertheilung des Auftrags an den Beklagten, ihr Interesse in Bezug auf die Regulirung des Schmidt'schen Nachlasses wahrzunehmen, — abgesehen von der Aufnahme des Nachlaßinventars und von zinsbarer Belegung einiger Gelder — die Beschränkung hinzugefügt worden sei,

entweder: daß Beklagter nicht ohne vorherige Anfrage bei dem klägerischen Ehemann in irgend welchen wesentlichen Dingen zu Werke zu gehen,

oder insbesondere: daß er Veräußerungen ohne solche Anfrage nicht vorzunehmen habe,

so ist das Verfahren des Beklagten in Beziehung auf den Verkauf des Schmidt'schen Hauses (gr. Burgstraße 619) für mandatswidrig zu achten und soll demgemäß auf ferneres Anrufen weiter verfügt werden.

Würde dagegen Klägerin den obigen Beweis nicht erbringen, so hat Beklagter binnen einer auf Anrufen anzusetzenden Frist, bei Vermeidung des gesetzlichen Nachtheils, der Klägerin Gegenbeweis vorbehältlich, zu beweisen:

1) daß der Vertrag über den Verkauf des fraglichen Hauses für ein dem Interesse der verkaufenden Erbmasse entsprechendes Geschäft zu achten gewesen sei, und
2) daß er, Beklagter, bereits vor Eingang der telegraphischen Depesche Bosse's vom 27. Mai d. J. den gedachten Vertrag seinerseits mündlich fest abgeschlossen gehabt habe, so daß der schriftliche Contract nur noch als Beweismittel habe hinzutreten sollen;

nach welchen geführten oder nicht geführten Beweisen sodann weiter ergehen soll, was Rechtens.

Beiden Theilen bleibt die Mitbenutzung des bereits Beigebrachten bei ihrer Beweisführung unbenommen.

---

2) Obergerichtliches Erkenntniß vom 18. Juni 1863.

Juristenfacultät zu Heidelberg.

(Auf beiderseitige Appellation.)

I. Daß es bei dem Urtheile des Niedergerichts, publicirt 20. December 1862, nicht überall zu belassen, vielmehr
   1) das Rubrum, wie im Eingange geschehen, zu fassen,
   2) in der Hauptsache aber Kläger schuldig ist, alternativ mit dem in der sententia a qua dem klägerischen Theile auferlegten Beweise:
      a) daß dem durch die Ehefrau Bosse an den Beklagten ertheilten Auftrage, ihr Interesse in Bezug auf die Regulirung des Schmidt'schen Nachlasses wahrzunehmen, die Beschränkung hinzugefügt worden sei,

entweder, daß Beklagter nicht ohne vorherige Anfrage bei dem klägerischen Ehemanne in irgend welchen wesentlichen Dingen zu Werke zu gehen,

oder insbesondere, daß er Veräußerungen ohne solche Anfrage nicht vorzunehmen habe,

binnen Ordnungsfrist darzuthun:

b) oder daß der in Frage stehende Hausverkauf dem Interesse der Ehefrau Bosse nicht entsprochen;

c) oder daß der betreffende Hausverkauf zur Zeit des Empfangs der telegraphischen Depesche vom 27. Mai 1862 Seitens des Beklagten noch nicht fest abgeschlossen gewesen.

Beklagtem der directe Gegenbeweis vorbehalten, sowie für den Fall, daß Kläger den ihm sub b) auferlegten alternativen Beweis antreten sollte, dem Beklagten der Beweis seiner Einwendung nachzulassen ist, daß ihn in Betreff der Wahrung des Interesses der Ehefrau Bosse bei dem fraglichen Hausverkauf keinerlei Verschulden treffe: Gegenbeweis des Klägers vorbehalten;

II. daß die Kosten gegenwärtiger Instanz, mit Ausnahme derjenigen der auf Staatskosten geschehenen Actenversendung, gegen einander aufzuheben.

Entscheidungsgründe.

Zu grav. 1 des Klägers. Zwar sei es richtig, daß es sich um eine von der Ehefrau Bosse unter Beistand ihres Ehemannes ausgestellte Vollmacht und um ein Mandat zur Regulirung eines jener Frau zugefallenen Nachlasses handle. Allein nach dem Rechte des Domicils der klagenden Eheleute, dem Hamburgischen, sei der Ehemann der Vormund seiner Frau und der gerichtliche wie außergerichtliche Vertreter des Frauenguts. Demzufolge sei dem Gesuche der Kläger, die Streitsache „Ehemann Bosse uxorio nomine" rubriciren zu dürfen, statt zu geben gewesen. Zwar habe Beklagter die

Existenz der betreffenden Hamburgischen Rechtssätze mit Nichtwissen beantwortet. Indessen sei es eine notorische, auch von Baumeister bezeugte Thatsache, daß in Hamburg der Ehemann der processualische Vertreter seiner Ehefrau sei, und der Richter zweifellos berechtigt, fremde Rechtssätze, deren Existenz notorisch, ohne Beweisauflage in Anwendung zu bringen.

Die Hauptsache anlangend, habe sich die principaliter angestellte actio mandati auf Schadensersatz auf ein dreifaches Fundament gestützt, einmal darauf, daß Beklagter ohne vorherige Instructionseinholung den Hausverkauf abgeschlossen, obwohl ihm, wie in der Replik ausdrücklich behauptet worden, vom klägerischen Ehemanne aufgegeben gewesen sei, in allen irgend wesentlichen Dingen zu berichten; ferner darauf, daß der abgeschlossene Kauf gegen den augenscheinlichen Vortheil der Kläger gewesen; endlich auf die Thatsache, daß jenes Geschäft gegen ein ausdrückliches dem Beklagten telegraphisch übermachtes Verbot eingegangen worden sei. Insoweit sei auch die Klage unzweifelhaft genügend substantiirt. Was aber die Beweislast betreffe, so sei es zunächst bei der niedergerichtlichen alternativen Beweisauflage an den Kläger zu belassen gewesen. Denn wenn der Mandatar, welcher einer ihm ausdrücklich auferlegten Verpflichtung entgegen keine Instructionen eingeholt habe, unbezweifelt der actio mandati unterliege, während in facto nur bestritten sei, daß dem Beklagten eine derartige Beschränkung auferlegt worden, so sei andererseits vom Beklagten keinerlei Beschwerde gegen die Formulirung des Beweises erhoben worden.

Nun habe sich freilich der Kläger hier (grav. 3) deshalb beschwert, weil der Beweis nicht auf die Vollmachtsbeschränkung durch den klägerischen Ehemann gerichtet worden sei. Allein das hierin eigentlich liegende Declarationsgesuch sei ohne Grund, da der Kläger nach den nicht zweideutigen Worten und Sinn des Urtheils-Dispositivs befugt sei, den Beweis zu unternehmen, daß er die Vollmacht seiner Ehefrau in der fraglichen Weise beschränkt habe, oder auch, daß diese

Beschränkung von einer andern hiezu legitimirten Person hinzugefügt worden sei.

Anders verhalte es sich mit den zwei ersten Beschwerden des Beklagten, daß Kläger nicht für den Fall des Mißlingens der ihm auferlegten Beweise mit seiner Klage abgewiesen, und daß Beklagter mit einem zweifachen cumulativen Beweise belastet worden sei. Die Beweislast sei hinsichtlich dieser beiden Beweise unrichtig vertheilt. Die Thatsache, daß ein Mandatar in Ausführung seines Auftrags ein den Interessen des Mandanten nicht entsprechendes Geschäft abgeschlossen, sei eine solche, mittelst welcher die actio mandati begründet werden könne, und es liege daher dem Mandatar in keinem Falle ob, zur Elidirung dieser Klage den Beweis zu unternehmen, daß das Geschäft den Interessen des Vollmachtgebers entsprochen habe. Die vom Niedergericht in dieser Beziehung angeführten Gesetze und Urtheile sprächen von der Verbindlichkeit des Mandatars, seinem Vollmachtgeber Rechnung abzulegen sowie seine Bücher und Papiere zu ediren, was hier Alles in keiner Weise in Frage stehe. Eben so wenig liege dem Beklagten der andere Beweis ob, daß er den Vertrag schon vor Eingang der telegraphischen Depesche fest abgeschlossen habe. Nur unter der Voraussetzung, daß der Vertrag zur Zeit des Empfanges der telegraphischen Depesche noch nicht perfect gewesen, sei die Thatsache des telegraphisch übermachten Verbots relevant; und indem die Behauptung, daß Beklagter den Vertrag erst nach Eingang des telegraphischen Verbots abgeschlossen habe, eine für die actio mandati klagbegründende Thatsache sei, könne nimmermehr von einer Verpflichtung des Beklagten die Rede sein, den Beweis des Gegentheils zu übernehmen.

Werde dem Beklagten seinen beiden ersten Beschwerden gemäß der fragliche cumulative Beweis abgenommen, so erledigten sich damit die an sich grundlosen in pessimum eventum aufgestellten Beschwerden 3 und 4. Dagegen seien dem Kläger die beiden erörterten Thatsachen alternativ neben der niedergerichtlichen Beweisauflage zum Beweise zu verstellen

gewesen, weil er in der That seine Klage auf das erwähnte dreifache Fundament gestützt habe. Der Umstand, daß der Kläger in der Appellationsinstanz nicht auf Nachlassung der beiden weiteren alternativen Beweise angetragen habe, stehe nicht entgegen, weil Kläger in Folge der unrichtigen Vertheilung der Beweislast durch das Niedergericht nicht in der Lage gewesen sei, einen solchen Antrag zu stellen.

Was insbesondere den Beweis betreffe, daß der fragliche Hausverkauf dem Interesse der Ehefrau Bosse nicht entsprochen habe, so leide es keinen Zweifel, daß derselbe eben in dieser Weise zu formuliren gewesen sei, da der Beklagte nicht allein von der Ehefrau Bosse sein Mandat gehabt habe, sondern beauftragt gewesen sei, ihre Interessen bei Regulirung des väterlichen Nachlasses zu vertreten, ihre Interessen aber möglicherweise ganz andere hätten sein können, als die der übrigen Miterben. Es sei daher hierin dem grav. 4 des Klägers zu entsprechen gewesen. Werde nun der so normirte Beweis erbracht, so erscheine damit die Klage freilich begründet, indem die Abschließung eines nachtheiligen Geschäftes die Präsumtion einer dem Beklagten zur Last fallenden culpa begründe; es habe aber andererseits dem Beklagten verstattet werden müssen, die hierauf gestützte Klage durch den Beweis der Einrede zu elidiren, daß ihn bei Abschließung des Kaufvertrages keinerlei Verschuldung getroffen habe.

Dagegen ständen der dritten dem Kläger aufgegebenen Beweisalternative, daß der Vertrag beim Eintreffen der telegraphischen Depesche noch nicht fest abgeschlossen gewesen, die Einwendungen des Beklagten hinsichtlich der Wirksamkeit der telegraphischen Depesche nicht entgegen, wie schon das Niedergericht gezeigt habe, und da die allergeringste Sorgfalt mit sich gebracht hätte, daß Beklagter die Abschließung des noch nicht perfecten Vertrages aufzuschieben gehabt habe.

Soviel endlich das eventuelle Klaggesuch anlange, so sei dasselbe mit Recht verworfen worden, und grav. 2 des Klägers daher unbegründet. Denn einerseits sei jene Klagbitte auf eine rechtlich unmögliche Eventualität gestellt, weil in

einem Processe zwischen Mandanten und Mandatar die Ungültigkeit eines von diesem Letzteren mit dritten Personen abgeschlossenen Geschäfts sich nicht herausstellen könne. Andererseits liege es in der Natur der Sache, daß Kläger, indem er principaliter auf Schadensersatz wegen eines vom Beklagten in verbindlicher Weise für die klägerische Ehefrau abgeschlossenen Verkaufs klage, nicht zugleich verlangen könne, daß Beklagter seine Vertragsunterschrift annulliren lasse oder Caution leiste, daß der Vertrag nicht zur Erfüllung gelange.

Die Kosten der Appellationsinstanz seien zu compensiren gewesen, weil von den vier Beschwerden jeder Partei sich je zwei als grundlos gezeigt hätten.

---

3) Oberappellationsgerichtliches Erkenntniß vom 29. April 1865.

(Auf beiderseitige Appellation.)

Daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Lübeck vom 18. Juni 1863 dahin zu bestätigen und abzuändern sei.

I. Das Rubrum ist so, wie im Eingange geschehen, zu fassen.

II. Der Beklagte ist schuldig, binnen Ordnungsfrist zu beweisen:

daß er bereits vor Eingang der telegraphischen Depesche des Klägers vom 27. Mai 1862 den Vertrag über den Verkauf des fraglichen Hauses seinerseits mündlich fest abgeschlossen gehabt habe.

III. Dem Kläger bleibt nachgelassen, binnen einer vom Stadt- und Landgericht vorzuberaumenden Frist zu beweisen:

entweder,

daß bei dem durch den Kläger im April 1862 ertheilten Auftrage an den Beklagten, das Interesse der klägerischen Ehefrau in Bezug auf die Regulirung

des Schmidt'schen Nachlasses wahrzunehmen, die Beschränkung hinzugefügt worden sei,

daß Beklagter nicht ohne vorherige Anfrage bei dem Kläger in irgend welchen wesentlichen Dingen zu Werke gehen, oder insbesondere, daß er Veräußerungen ohne solche Anfrage nicht vorzunehmen habe;

oder,

daß der in Frage stehende Hausverkauf dem Interesse der klägerischen Ehefrau nicht entsprochen habe.

IV. Dem Kläger bleibt gegen den Beweis sub II, und dem Beklagten gegen die Beweise sub III der directe Gegenbeweis vorbehalten; und ist nach Führung oder Nichtführung der normirten Beweise sowohl in der Hauptsache als wegen der Kosten erster Instanz weiter zu erkennen, was Rechtens.

V. Die Kosten der zweiten Instanz sind, mit Ausnahme derjenigen der auf Staatskosten geschehenen Actenversendung, gegen einander aufzuheben.

Von den Kosten der gegenwärtigen Instanz wird die Hälfte compensirt, und der Beklagte in die andere Hälfte verurtheilt.

Entscheidungsgründe.

Was das Rubrum der Sache betrifft, so verlangt der Beklagte mittelst seiner ersten Beschwerde jetziger Instanz, daß die Entscheidung des Niedergerichts, wonach der klagende Theil mit „Ehefrau Bosse unter Beistand ihres Ehemannes" bezeichnet werden sollte, wiederhergestellt werde. Diese Beschwerde war zu verwerfen. Für alle in der Sache selbst ergehende Entscheidungen bleibt die Wahl des einen oder andern Rubrums selbstverständlich völlig unpräjudicirlich; es ist außer Zweifel, daß es sich sowohl bei Entstehung des streitigen Mandatsverhältnisses, als im gegenwärtigen Proceß, um Ansprüche der klägerischen Ehefrau handelt, welche eben sowohl von ihr selbst unter Beistand ihres Ehemannes, wie auch nach Hamburgischem Recht von diesem letzteren als ihrem gesetzlichen Vertreter ausgeübt und verfolgt werden konnten.

Das Hamburgische Recht, als dasjenige des Domicils der klagenden Eheleute, ist aber hier hinsichtlich der processualischen Vertretung das maßgebende, weil die persönliche Rechts- und Handlungsfähigkeit der klägerischen Ehefrau in Frage steht. Da das vom Obergericht bestimmte Rubrum diesem Rechte entspricht, so fehlt es an einem Grunde, dasselbe abermals abzuändern.

In der Hauptsache selbst kommt zunächst

I. die principale Klage in Betracht, mittelst welcher Entschädigung verlangt wird, weil der Beklagte seine Pflichten bei Vollziehung des ihm ertheilten Auftrags verletzt haben soll.

A. Dreierlei ist dem Beklagten zum Vorwurf gemacht worden: einmal, daß er zu dem jetzt angefochtenen Hausverkauf geschritten sei, ohne vorher, wie er nach der ihm gleich Anfangs ertheilten Instruction hätte thun müssen, beim Kläger deshalb anzufragen; sodann, daß er am Abend des 27. Mai 1862 den schriftlichen Verkaufscontract mit unterzeichnet habe, ungeachtet der Kläger einige Stunden vorher seine Genehmigung dazu in einer telegraphischen Depesche versagt gehabt; endlich, daß der Verkauf für die klägerische Ehefrau ein ungünstiger sei, der Beklagte also deren Interesse nicht gehörig wahrgenommen habe. Man kann diese drei Behauptungen, obwohl sie sich alle nur als Modalitäten der angestellten actio mandati directa darstellen, mit den vorigen Richtern als drei Klaggründe bezeichnen, insofern bei jeder derselben wenigstens theilweise verschiedene Thatsachen in Betracht kommen. Die beiden ersten Klaggründe sind insofern gleichartig unter sich, als sie beide ein ausdrückliches Zuwiderhandeln gegen die Instruction des Mandanten zum Gegenstand haben, während mit dem dritten eine Verletzung der dem Mandatar schon an sich obliegenden Diligenz geltend gemacht wird.

Erwägt man, daß der Kläger die durch ein mandatswidriges Benehmen des Beklagten angeblich erlittene Verletzung nicht etwa darin findet, daß das fragliche Haus über-

haupt an einen Dritten verkauft worden sei, sondern lediglich dadurch in Schaden gekommen sein will, daß das Haus zu wohlfeil verkauft worden sei, indem er von der Nothwendigkeit einer Veräußerung des Hauses selbst ausgeht, und wiederholt ausdrücklich erklärt hat, daß es weder in seiner Absicht, noch in seinem Interesse gelegen habe, das Haus für sich zu erwerben, so hätte es in Frage kommen können, ob es nicht richtiger gewesen wäre, die Behauptung, der erzielte Kaufpreis entspreche dem Werth des Hauses nicht, für alle Fälle schon zum Gegenstand des jetzt bevorstehenden Beweisverfahrens zu machen. Allein die vorigen Instanzen haben die Ermittlung dieser Behauptung für den Fall, daß der erste oder zweite Klaggrund durchdringen sollte, in die künftige Liquidations-Instanz verwiesen, ohne Zweifel mit Rücksicht darauf, daß die Schadensliquidation sich solchen Falls anders gestalten könne, als bei dem dritten Klaggrund; und diese Scheidung des jetzigen Verfahrens von dem künftigen Liquidationsverfahren muß, in Ermangelung einer von den Parteien dagegen erhobenen Beschwerde, für rechtskräftig festgestellt erachtet werden.

Geht man hiernach

B. auf die Prüfung der aufgestellten einzelnen Beschwerden ein, so liegt

1) in Betreff der Beweisauflage über den ersten Klaggrund nur eine Beschwerde des Klägers, grav. 2 desselben, vor, mittelst welcher verlangt wird, daß die im Eingang des Beweissatzes gewählte Fassung:

„daß dem durch die Ehefrau Bosse an den Beklagten ertheilten Auftrage . . . die Beschränkung hinzugefügt worden sei," ꝛc.

dahin geändert werde:

„daß Kläger bei dem von ihm uxorio nomine im April 1862 ertheilten Auftrage an den Beklagten . . . die Beschränkung hinzugefügt habe" ꝛc.

Diese Beschwerde ist insoweit begründet, als die Fassung der sententia a qua, welche nur eine Bestätigung der nieder-

gerichtlichen Beweisauflage enthalten sollte, dennoch in den ausgehobenen Worten davon abweicht, und das Mißverständniß erzeugen könnte, als solle der Auftrag mit seiner Beschränkung von der klägerischen Ehefrau persönlich ertheilt worden sein. Dagegen erscheint es unnöthig, von der niedergerichtlichen Fassung weiter abzugehen, als es die Veränderung des Rubrums mit sich bringt, da diese Fassung genügend das ausdrückt, was der Kläger in seiner dritten Beschwerde voriger Instanz bezweckte. Danach rechtfertigt sich die im decisum ersichtliche Feststellung des Beweissatzes.

2) Hinsichtlich der beiden andern Klaggründe hat das Obergericht dem Kläger alternativ zwei weitere Beweise, sub b und c der Decisive, auferlegt, während das Niedergericht den Beklagten für verbunden erklärte, copulativ das Gegentheil derselben darzuthun. Der Kläger in grav. 3 verlangt völlige Wiederherstellung der niedergerichtlichen Entscheidung; der Beklagte principaliter, wie in grav 1 voriger Instanz, die Beseitigung beider Beweise, eventuell wenigstens die des Beweissatzes sub b. Was nun

a) den principalen Antrag des Beklagten, grav. 2a desselben, betrifft, so stellt sich derselbe als ein offenbar verwerflicher dar. Derselbe ist lediglich darauf gestützt worden, daß der Kläger seiner eigenen Angabe nach sich den Miterben gegenüber gleich Anfangs bereit erklärt haben wolle, das fragliche Haus für 20,000 ℔ zu übernehmen, daß er aber nicht zu behaupten vermocht habe, den Beklagten als seinen Mandatar hiervon in Kenntniß gesetzt zu haben, vielmehr des Gegentheils für geständig zu achten sei, während doch der Beklagte, wäre ihm jenes Erbieten bekannt gewesen, das Haus sicher nicht ohne Weiteres für 18,000 ℔ mit verkauft haben würde, daß sonach der angeblich ungünstige Verkauf durch die eigene Schuld des Klägers herbeigeführt worden sei.

Es steht diesem Vorbringen schon der formelle Grund entgegen, daß in der Vernehmlassung auf die Klage eine auf den bemerkten Umstand gestützte Einrede der eigenen klägerischen Schuld nirgends vorgeschützt, vielmehr die mit dazu

gehörige Thatsache des Erbietens zur Uebernahme des Hauses für 20,000 ℔ ausdrücklich und unter Angabe des andern Sachverhaltes als unwahr bezeichnet worden ist. Aber auch materiell ist der Einwand verwerflich. Es handelt sich nicht darum, daß Beklagter versäumt habe, das Haus für den Kläger zu 20,000 ℔ zu erwerben, sondern lediglich darum, daß er das Haus unter dem wahren Verkaufswerthe veräußert habe, und dies soll durch das Beweisverfahren constatirt werden. Ueberließ nun der Kläger die Besorgung der Erbschaftsangelegenheit und darunter auch den Verkauf des fraglichen Hauses dem Beklagten ohne irgend eine specielle Instruction, so war der Beklagte verbunden, alle Sorgfalt auf Erlangung des bestmöglichen Kaufpreises zu verwenden, und der Kläger durfte hierauf rechnen, ohne daß er nöthig hatte, dem Beklagten seine eigene Ansicht über den ungefähren Werth des Hauses zu eröffnen. Eine solche Eröffnung wäre nur eine dem Kläger frei stehende Vorsichtsmaßregel gewesen, deren Unterlassung den Beklagten von der Verantwortung für seinen Mangel an Sorgfalt in keiner Weise befreien kann. Am wenigsten ist abzusehen, wie der bemerkte Sachverhalt geeignet sein könnte, das Zuwiderhandeln des Beklagten gegen die empfangene telegraphische Depesche zu entschuldigen.

b) Die eventuelle Beschwerde des Beklagten, grav. 2b, geht dahin, daß der Kläger mit dem alternativen Beweise sub b der sententia a qua,

> daß der fragliche Hausverkauf dem Interesse der Ehefrau Bosse nicht entsprochen habe,

zugelassen worden sei, und wird darauf gestützt, daß etwaige Separatinteressen der klägerischen Ehefrau, weil davon bei Ertheilung des Auftrags dem Beklagten nichts mitgetheilt worden sei, nicht in Betracht kommen dürften, durch die Zustimmung der Miterben zu dem Verkaufscontract und die obervormundschaftliche Genehmigung desselben aber hinreichend constatirt sei, daß der Verkauf dem Interesse der Erbmasse entsprochen habe.

Insofern schon in voriger Instanz (grav. 1 des Bekl.) auf Beseitigung der beiden Beweisalternativen sub b und c angetragen war, und in der jetzigen Beschwerde nur noch ein weiterer Grund dafür hinsichtlich des Beweises sub b geltend gemacht wird, steht ihrer Berücksichtigung formell nichts entgegen. Ihre materielle Verwerflichkeit bedarf aber keiner näheren Ausführung. In dem Verhältniß der jetzigen Parteien kann es überhaupt nur darauf ankommen, ob das Interesse der klägerischen Ehefrau verletzt worden sei oder nicht, und der Inhalt des abgeschlossenen Contractes selbst (z. B. die Stipulation zu Gunsten der Wittwe Schmidt) kann möglicherweise eine Verschiedenheit in dem Interesse der Betheiligten begründen, so daß keineswegs bloß anfängliche Sonderinteressen in Frage stehen, zu deren Beachtung der Beklagte einer Mittheilung bedurft hätte. In Ansehung des Gesammtinteresses der Erbmasse aber ist es selbstverständlich, daß eine Verletzung desselben durch die dem Contracte ertheilte Einwilligung der Miterben und Genehmigung der Obervormundschaft nicht ausgeschlossen wird, wenn auch darin mit dem Niedergericht ein Beweismoment zu Gunsten des Beklagten zu finden sein wird, dessen Werth sich doch erst dann beurtheilen läßt, wenn die zu erwartenden Beweise über den Verkaufswerth des Hauses vorgelegt sein werden.

c) Der Kläger verlangt in grav. 3, wie bemerkt, die Wiederherstellung der niedergerichtlichen Entscheidung, wonach der Beklagte in Ansehung beider fraglichen Beweissätze für beweispflichtig erklärt worden ist, auch der zweite Satz (Alternative sub c) noch einen in der sententia a qua beseitigten Zwischensatz enthält.

Soviel die Beweis-Alternative sub b betrifft, „daß der Hausverkauf dem Interesse der Ehefrau Bosse nicht entsprochen habe," mußte die Beschwerde als unbegründet verworfen werden. Es unterliegt zwar — ohne daß auf die Streitfrage, wie bei einer Entschädigungsklage wegen nicht oder nicht gehörig erfüllter Contractspflicht die Beweislast zu ordnen sei, in weiterem Umfange eingegangen zu werden

braucht — bei dem Mandatsverhältniß schon wegen der dem Mandatar obliegenden Rechenschaftspflicht und nach Analogie der

l. 11. D. de probat. (22, 3)
l. 1. § 13 D. de magistratib. conven. (27, 8)

keinem Zweifel, daß der Mandant, welcher Ersatz eines ihm aus der Geschäftsausführung des Mandatars entstandenen Schadens in Anspruch nimmt, nicht verbunden ist zu beweisen, daß der ertheilte Auftrag nicht gehörig vollzogen, der Schaden also durch eine culpa des Mandatars herbeigeführt worden sei, vielmehr der Mandatar darzuthun hat, daß er seiner Verpflichtung nachgekommen sei, also den Auftrag vollzogen oder zur Erreichung des Vollzugs die höchste Sorgfalt angewendet habe. Diese Ansicht von der Beweislast ist auch vom O.-A.-Gericht schon wiederholt zur Anwendung gebracht worden.

Vgl. Hamb. Dr. Haller m. n. Donner c. Schramm. Septbr. 1845 (Hamb. Samml Bd. 1. S. 457).
Brem. Osterloh & Comp. c. Löning & Feuerstein. Septbr. 1861 (Brem. Samml. Bd. 4. S. 501).

Allein immer hat der Mandant seinerseits vorerst nachzuweisen, welchen Inhalt der Auftrag hatte, auf welchen Gegenstand er sich bezog, und welchen objectiven Erfolg er demgemäß von der gehörigen Vollziehung des Auftrags zu erwarten berechtigt war, so daß ein Mangel an diesem Erfolg sich als Verlust für ihn darstellt. Handelt es sich daher um Entschädigung wegen angeblich ungünstigen Verkaufes einer Sache, so ist es Pflicht des Mandanten, nöthigenfalls darzuthun, welchen Erlös die Sache ihrer objectiven Beschaffenheit nach zu liefern versprach. Ein solcher Beweis erledigt sich, wenn schon der specielle Inhalt des Auftrags eine bestimmte Erwartung in dieser Hinsicht begründete, namentlich wenn ein Limito gesetzt, oder doch eine vorläufige Schätzung (z. B. ein Facturapreis zu verkaufender Waaren) zur Kenntniß des Mandatars gebracht wurde. Ist dagegen der Verkauf dem Mandatar völlig unbeschränkt überlassen worden, und es entsteht Streit darüber, welche für den Erlös einflußreiche Eigenschaften — Größe, Umfang, Stoff, Form — der Gegenstand

gehabt habe, so ist in dieser Beziehung der Mandant der beweispflichtige Theil. Zwischen diesem Fall und dem jetzt in Rede stehenden, wo nur der Verkaufswerth im Allgemeinen streitig ist, waltet aber rechtlich kein Unterschied ob. Immer muß dem Mandatar zuerst nachgewiesen werden, von welchem Inhalt und Umfang die ihm obliegende Leistung war, also im vorliegenden Falle, ob der Beklagte sich bestreben mußte, einen Kaufpreis von 18,000 ℔, von 20,000 ℔ oder einen noch höheren zu erreichen, und erst dann ist es seine Sache darzuthun, wieviel sich von diesem Erfolg durch Anwendung der höchsten Sorgfalt erreichen ließ. Dem steht auch weder das Präjudicat des O.-A.-Gerichtes

Brem. Plate c. Harves. April 1847,

noch die daselbst angeführte

l. 46. D. mandati

entgegen, indem beide sich auf die Beweislast bei der Entschädigungsklage des Mandanten gar nicht beziehen. Und mit Unrecht beruft sich der Kläger hier mit dem Niedergericht auf die Rechenschaftspflicht des Mandatars. Der Kläger soll nicht etwa eine culpa des Beklagten erweisen, wie dies die sententia a qua anzunehmen scheint, sondern nur den objectiven Werth des zu verkaufenden Gegenstandes und damit den Umfang der Verpflichtung des Beklagten feststellen. Ebensowenig bedarf es nach dem Bemerkten einer besonderen Widerlegung, wenn der Kläger außerdem geltend macht, die actenmäßigen Umstände ergäben bereits die Wahrscheinlichkeit, daß der Beklagte nachlässig verfahren sei. Wenn endlich der Kläger bei Aufstellung seiner jetzigen Beschwerde dem Beweissatze neben den Worten „Verkauf des Hauses" noch hinzufügt „resp. Geschäfts," so ist dies formell unstatthaft, da in voriger Instanz keine Beschwerde auf einen solchen Zusatz gerichtet worden ist.

d) Hinsichtlich des anderen Beweissatzes, Alternative sub c. mußte dagegen die Beschwerde des Klägers im Wesentlichen, nämlich soweit sie die Beweislast betrifft, für begründet erachtet werden.

Es steht fest, daß die telegraphische Depesche, wodurch der Kläger dem eingeleiteten Hausverkaufe seine Genehmigung versagte und zunächst Bericht verlangte, mehrere Stunden, ehe es am Abend des 27. Mai 1862 zur Unterzeichnung des schriftlichen Contractes kam, in die Hände des Beklagten gelangt ist. Bei einem Mandat von der vorliegenden Beschaffenheit steht es aber dem Mandanten unzweifelhaft frei, seinem Mandatar zu jeder Zeit speciellere oder auch beschränkendere Instruction, als sie bis dahin bestand, zu ertheilen; dem Mandatar kann dadurch möglicher Weise Anlaß gegeben werden, seinerseits die fernere Besorgung des Auftrags zu kündigen; thut er dies aber nicht, setzt er vielmehr seine Thätigkeit fort, — wie dies hier ausgemacht ist — so hat er eine solche neuere Instruction vom Augenblick des Empfangs an ganz ebenso genau zu befolgen, als wäre sie ihm von Anfang an ertheilt worden. Der Beklagte war somit nach Eingang der telegraphischen Depesche verpflichtet, sich der Abschließung des eingeleiteten Contractes zu enthalten und vorerst an den Kläger zu berichten. Das genügt aber nach der obigen Darlegung der Beweislast zur Begründung der Klage; daß der Beklagte der ihm obliegenden Verpflichtung zuwidergehandelt und trotz der Depesche den Vertrag nachher erst abgeschlossen habe, braucht der Kläger nicht auch noch zu beweisen. Vielmehr ist es Sache des Beklagten, darzuthun, daß der Abschluß mündlich schon vorausgegangen sei und er sich deshalb in der Unmöglichkeit befunden habe, die Anweisung des Klägers zu befolgen.

Selbst wenn man indessen die der Depesche nachfolgende Abschließung des Vertrages als der Beweispflicht des Klägers anheimfallend ansehen könnte, so würde doch das, was der Kläger zu diesem Zweck zu liefern hätte, durch die Thatsache der Unterzeichnung der Vertragsurkunde vollständig erfüllt sein, und der Beklagte deshalb ebenfalls den Beweis zu übernehmen haben, der Vertrag sei mit allen seinen Clauseln früher schon mündlich fest abgeschlossen gewesen. Vom Kläger kann, wie von jedem, der den Abschluß eines Vertrages dar-

thun soll, nicht mehr verlangt werden, als der Nachweis eines Actes, wodurch die Einwilligung der Contrahenten in unzweideutiger Weise erklärt worden ist. Sollte der Wille der äußeren Erklärung nicht entsprochen haben, entweder ein anderer gewesen sein, oder (z. B. wegen Unfähigkeit der Person) ganz gefehlt haben, so ist dies eine die rechtliche Schlußfolgerung aus dem äußeren Vorgang beseitigende Thatsache, welche der Gegner zu beweisen hat, nach heutigem Proceßrecht eine Einrede. Die Unterzeichnung einer Vertrags-Urkunde, welche nicht etwa den Abschluß als schon in der Vergangenheit liegend darstellt, ist aber ein Act, welcher sich gerade als schließliche Erklärung des Consenses nach vorausgegangenen Verhandlungen bestimmt kund giebt. Die Behauptung des Beklagten, daß hier die Unterzeichnung der Verkäufer des Hauses eine andere Bedeutung gehabt habe, daß sie nur ein Beweismittel über einen früher bereits zum Abschluß gelangten Vertrag habe schaffen sollen, muß daher so gut von ihm erwiesen werden, als er z. B. die Behauptung einer Simulation zu beweisen hätte. Zur Bestätigung dieser Auffassung dient u. a. die Entscheidung eines gleichen Falles in

l. 12. D de probat (22. 3).

Denn wenn diese Stelle von

Schrader, im Archiv für civ. Praxis. Bd. 33. S. 10 ff.

im Gegensatz zu l. 34. § 3 D. de legat. I. (30), für antiquirt erklärt wird, so ist dabei die Verschiedenheit der in beiden Stellen vorausgesetzten Sachlage nicht genügend gewürdigt worden.

Was sodann noch die Fassung des Beweissatzes betrifft, so hat der Kläger in seiner Beschwerde-Aufstellung beantragt, nicht bloß zu sagen, daß der Vertrag vom Beklagten mündlich fest abgeschlossen gewesen sei, sondern auch die vom Niedergericht hinzugefügten Worte:

„so daß der schriftliche Contract nur noch als Beweismittel habe hinzutreten sollen,"

welche auf Grund des beklagtischen grav. 4 voriger Instanz

beseitigt worden sind, wiederherzustellen. Da jedoch diese Worte nur eine nähere Erklärung enthalten, welche neben dem Begriff einer mündlichen festen Abschließung des Vertrages entbehrlich erscheinen, so war dem Antrage keine Folge zu geben.

3) Gegen die klägerische Beweis-Alternative sub b., daß der fragliche Hausverkauf dem Interesse der Ehefrau Bosse nicht entsprochen habe, hat die sententia a qua dem Beklagten neben dem directen Gegenbeweis noch den Beweis der Einwendung nachgelassen,

„daß ihn in Betreff der Wahrung des Interesses der Ehefrau Bosse bei dem fraglichen Hausverkauf keinerlei Verschulden treffe."

Die dritte Beschwerde des Klägers ist mit gegen diesen Beweisnachlaß gerichtet, während der Beklagte seinerseits in grav 2 c eine veränderte Fassung desselben dahin beantragt:

„daß er in Betreff der Wahrung des Interesses der Ehefrau Bosse bei dem fraglichen Hausverkaufe die einem Mandatar obliegende Sorgfalt angewandt habe."

Hier stellte sich die Beschwerde des Klägers als begründet dar, wodurch die des Beklagten von selbst ihre Erledigung findet. Die sententia a qua hat den jetzt angefochtenen Beweisnachlaß ohne allen Antrag der Parteien hinzugefügt, während es dafür einer Beschwerde des Beklagten bedurft hätte. Denn es läßt sich in keiner Weise sagen, daß etwa durch die Veränderung der Beweislast hinsichtlich der Alternative sub b erst der Anlaß zu einem solchen Beweisvorbehalt entstanden wäre; vielmehr hätte ein Einrede-Beweis über mangelnde Verschuldung, wenn er nach den Acten überhaupt begründet war, ebensogut neben den niedergerichtlichen Beweisen, und zwar als weitere Alternative derselben, vorkommen müssen. Wenn der Beklagte also in dieser Hinsicht nicht gravaminirte, so beruhigte er sich damit bei der Nichtberücksichtigung der fraglichen Einrede; wie denn ohnehin die das Fundament derselben bildende Behauptung, — daß die das Interesse der klägerischen Ehefrau verletzende Beschaffen-

heit des Verkaufs-Contractes, falls sie sich im Beweis-Verfahren herausstellen sollte, vom Beklagten durch Anwendung der höchsten Sorgfalt nicht abzuwenden gewesen sei, — in den Verhandlungen erster Instanz mit Bestimmtheit gar nicht aufgestellt, viel weniger in genügender Weise thatsächlich substantiirt worden ist.

C. Schließlich war zu erwägen, welche Reihefolge den nunmehr normirten Beweisen beider Theile anzuweisen sei.

Aus der obigen Ausführung ergiebt sich, daß der erste und dritte Klaggrund noch eines Beweises von klägerischer Seite bedürfen, daß dagegen der zweite Klaggrund (instructionswidriges Handeln gegenüber der telegraphischen Depesche) zwar liquid ist, jedoch durch einen Einrede-Beweis des Beklagten beseitigt werden kann. Das Niedergericht hat den zweiten und dritten Klaggrund mit Vorbehalt von Einrede-Beweisen als liquid angenommen, und die verschiedenen Beweisauflagen dahin geordnet, daß zunächst der Kläger den ersten Klaggrund zu beweisen habe, und wenn dies mißlingen sollte, der Beklagte auf weiteres Anrufen die Einrede-Beweise gegen die beiden liquiden Klaggründe zu erbringen habe. Wenn indessen unter mehreren concurrirenden Klaggründen sich ein liquider befindet, welcher zu demselben Ziel wie die übrigen führt, so kann es auf den Beweis der illiquiden Klaggründe erst dann ankommen, wenn jener erstere durch begründete Einreden beseitigt worden ist. Es erscheint daher als die angemessenere Form, bei einer solchen Concurrenz dem Beweise der illiquiden Klaggründe eine gleiche processualische Stellung zu geben, wie einem Repliken-Beweise; wie dies auch vom O.-A.-Gericht bereits wiederholt geschehen ist. Hiernach war zunächst dem Beklagten der Beweis aufzulegen, daß der Hausverkauf schon vor Empfang der telegraphischen Depesche fest abgeschlossen gewesen sei, und sodann dem Kläger der alternative Beweis des ersten und dritten Klaggrundes vorzubehalten.

II. Im zweiten Abschnitt der Klage ist für den Fall, daß sich in diesem Rechtsstreite die Unterzeichnung des

fraglichen Kaufvertrages für den Kläger als unverbindlich herausstellen sollte, eine Verurtheilung des Beklagten dahin beantragt worden: eine Zusatzacte, wodurch seine Unterschrift unter dem Kaufvertrage entkräftet werde, eventuell in anderer Weise die Annullirung seiner Unterschrift binnen einer anzusetzenden Frist zu erwirken, widrigenfalls in genügender Weise dafür zu caviren, daß Kläger nicht aus dem fraglichen Contracte in Anspruch genommen würde. Gestützt ist der Antrag theils auf ein Versprechen, theils auf die Verbindlichkeit des Beklagten aus dem Mandatsverhältniß.

Das Niedergericht erklärte, dieser Klagantrag werde im gegenwärtigen Proceß, da hier nur über die Verantwortlichkeit des Beklagten der klägerischen Ehefrau gegenüber, nicht aber über die Rechte Dritter zu entscheiden sei, sich zur Berücksichtigung nicht eignen; indessen sei jedenfalls ein weiteres Eingehen darauf und eine etwaige Beweisauflage hinsichtlich desselben noch nicht an der Zeit, da eine präcise Entscheidung darüber von dem Ausfalle des (wegen der principalen Klage) eingeleiteten Beweisverfahrens abhänge. Hiernach ist die zu Ende der Decisive aufgenommene Clausel, daß nach geführten oder nicht geführten Beweisen weiter erkannt werden solle, was Rechtens, mit hierauf zu beziehen, und der gedachte Klagantrag für ausgesetzt zu erachten.

Der Kläger beschwerte sich in grav. 2 voriger Instanz, daß sein Antrag auf Erwirkung der fraglichen Zusatzacte zurückgewiesen und nicht vielmehr dieserhalb Beweisauflage vorbehalten worden sei. In der sententia a qua ist diese Beschwerde als unbegründet verworfen worden, weil der Klagantrag theils auf eine rechtlich unmögliche Eventualität gestellt sei, theils mit der principalen Klage auf Schadensersatz wegen eines vom Beklagten in verbindlicher Weise für die klägerische Ehefrau abgeschlossenen Verkaufs in Widerspruch stehe.

Der Kläger hat in seinem jetzigen grav. 1 die vorige Beschwerde wiederholt, und unter Bekämpfung der beiden

Gründe der sententia a qua den Beweis, dessen Vorbehalt er eventuell begehrt, zu formuliren gesucht.

Da die Ausstellung der verlangten Zusatzacte den Rechten, welche der Käufer des fraglichen Hauses erlangt haben sollte, so wenig präjudiciren könnte, als der Ausgang des gegenwärtigen Rechtsstreites, so ist freilich nicht zu erkennen, welches rechtliche Interesse der Kläger bei der Verfolgung seines Antrages habe. Es kommt indessen auf eine materielle Beurtheilung der Sache für jetzt gar nicht an. Die vom Niedergericht verfügte Aussetzung derselben kann dadurch, daß die sententia a qua in den Entscheidungsgründen sich dem in der Beschwerde des Klägers gebrauchten Ausdruck „zurückgewiesen" angeschlossen, und die Verwerflichkeit des Klagantrags zu zeigen gesucht hat, nicht als zum Nachtheil des Klägers (in pejus) geändert angesehen werden. Die Aussetzung bis zur beendigten Beweisführung über die principale Klage war aber bei der eventuellen Stellung, welche der Kläger dem fraglichen Antrage gleich Anfangs ausdrücklich gegeben hat, vollkommen gerechtfertigt, die erneuerte Beschwerde daher als unbegründet zu verwerfen.

III. Soviel den Kostenpunkt betrifft, so hat sich der Beklagte in grav. 3 über die Compensation der Kosten voriger Instanz beschwert. Auch diese Beschwerde mußte jedoch verworfen werden, da der Grund, worauf sie gestützt wird, daß die sententia a qua in viel erheblicherem Grade zu Gunsten des Beklagten, als zu Gunsten des Klägers, reformirt habe, sich durch die nunmehrige Entscheidung in der Hauptsache erledigt.

Da die sämmtlichen Beschwerden des Beklagten sich als verwerflich darstellten, während die Appellation des Klägers in erheblichen Punkten zu einer reformatoria führte, so war von den Kosten jetziger Instanz die Hälfte zu compensiren und der Beklagte in die andere Hälfte zu verurtheilen.

Lübeck. 34.

Steuer- und Stempel-Departement zu Lübeck, Kläger und Appellant, wider den Altentheiler **J. M. Hildebrandt** zu Brodten, Beklagten und Appellaten, wegen Verkaufsabgabe.

Es besteht in Lübeck eine Verordnung vom 27. December 1845, nach welcher u. a. bei jeder Veräußerung von Immobilien, auch wenn sie unter der Hand geschieht, vom Veräußerer eine Verkaufsabgabe von ½ Procent des Preises zu entrichten ist. Diese Abgabe ward vom Beklagten gefordert, welcher kurz vorher seine, in dem ehemals dem Lübischen Domcapitel zuständig gewesenen Dorfe Brodten belegene, Hufe, unter Vorbehalt des Altentheils, dem gesetzlichen Anerben übertragen hatte. Sie betrug in diesem Falle 244 ℳ 8 ß Courant.

Gegen die nicht bloß auf Bezahlung dieses Betrags, sondern auch auf Anerkennung des Rechts, die fragliche Steuer zu erheben, gerichtete Klage wandte der Beklagte ein Doppeltes ein: erstens, daß die Hufener in den ehemaligen Capitelsdörfern kraft eines i. J. 1794 mit dem Domcapitel geschlossenen und von der Stadt Lübeck in dem Staatsvertrage vom 2. April 1804 anerkannten Vergleichs der fraglichen Steuer überall nicht unterworfen seien; zweitens, daß dieselbe auf einen Fall der anticipirten Erbfolge, wie der vorliegende, keine Anwendung leide.

Das Stadt- und Landgericht verurtheilte den Beklagten unter Verwerfung beider Einwendungen, aber nur zur Bezahlung des eingeklagten Steuerbetrags. Beide Theile appellirten, und zwar die Behörde deshalb, weil der Beklagte nicht schuldig erkannt sei zur Anerkennung des Rechts auf Erhebung der Abgabe bei jeder Veräußerung seiner Hufe.

Es erging beim Obergerichte auf Grund des ersten Einwands des Beklagten ein absolutorisches Erkenntniß.

Als nun die Behörde ihrerseits an das O.-A.-Gericht appellirte, dessen Competenz durch einen 1000 ℳ Crt. übersteigenden Werth des Gegenstandes der Beschwerde bedingt ist, und dabei auch ihre Beschwerde voriger Instanz wiederholte, erkannte das O.-A.-Gericht am 11. Mai 1865:

daß zwar die Förmlichkeiten der wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Lübeck vom 29. Juni 1864 eingewandten Appellation für gewahrt zu achten, dieselbe jedoch, wie hiemit geschieht, als nicht anher erwachsen, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, zu verwerfen sei.

Entscheidungsgründe.

Die gegenwärtige, am 13. Novbr. 1863 angestellte Klage ist zwar nicht bloß auf Bezahlung der im vorliegenden Falle schuldigen Verkaufsabgabe von 244 ℳ 8 ß gerichtet, sondern auf Anerkennung des Rechts der klagenden Behörde, bei jeder Veräußerung der fraglichen Hufenstelle, auf welche die Voraussetzungen der Verordnung vom 27. Decbr. 1845 Anwendung fänden, die Abgabe zu erheben. Und es fragt sich daher, ob in dem vorliegenden Falle deshalb die Sache für appellabel zu erachten sei.

Wäre nun die Klage wider den gegenwärtigen Eigenthümer der Hufenstelle № II als den Vertreter der Rechte derselben gerichtet, und wäre ferner die fragliche Abgabe eine Grundsteuer, so würde sich viel dafür sagen lassen, daß durch die Klagbitte die allgemeine Frage über die Steuerpflicht der Hufe mit rechtlicher Wirkung habe in litem deducirt und dadurch die Berufungsfähigkeit der Sache hätte bezielt werden können. Allein der Beklagte, gegen welchen der Anspruch erhoben ist, und, als den Veräußerer, nach Maßgabe der obgedachten Verordnung auch nur erhoben werden konnte, hat bereits am 16. Octbr. 1860 mittelst eines von der Gutsherr-

schaft genehmigten Abtretungsvertrags die fragliche Hufenstelle seinem jüngsten Sohne, als dem gesetzlichen Anerben, unter Vorbehalt eines Altentheils, übertragen. Könnte man daher die fragliche Abgabe als eine Grundsteuer auffassen, so würde der Beklagte als Altentheiler gar nicht legitimirt sein, die Frage von den Rechten und Pflichten der Hufe auf eine den gegenwärtigen Eigenthümer und dessen Nachfolger bindende Weise zur Entscheidung zu bringen. Und dabei würde auch nichts darauf ankommen, daß in Gemäßheit der mehrgedachten Verordnung § 3 die Hufe noch auf den Namen des Beklagten geschrieben steht, da dies, wenngleich nach Außen hin ihn zu Belastungen der Stelle formell berechtigend, doch auf das innere, durch den Abtretungsvertrag geregelte, Rechtsverhältniß ohne Einfluß ist. Faßt man dagegen die fragliche Abgabe als eine rein persönliche auf, und zwar mit vollem Rechte, da sie in gewissen Fällen ja auch beim Verkauf von Mobilien und Waaren zu zahlen ist, so ist das Nichtvorhandensein der Appellationssumme ebenso klar.

Nur dann nämlich ließe sich dagegen ein Zweifel erheben, wenn der Beklagte noch wieder in die Lage kommen könnte, die Verkaufsabgabe von Neuem zahlen zu müssen, und zwar mehr als viermal. Dies würde aber im gewöhnlichen Laufe der Dinge nur dann möglich sein, wenn nach dem Recht in den Capitelsdörfern bei dem Tode des jetzigen Hufeners die Stelle wieder an den Beklagten zurückfiele. Allein wo, wie nach dem in den Capitelsdörfern geltenden gemeinen Rechte, Aeltern und Geschwister zugleich zur Succession kommen, da bringt es der Grundsatz der Untheilbarkeit der Hufen mit sich, daß nach dem Tode des ohne Hinterlassung von Kindern versterbenden Stellbesitzers die Hufe mit Ausschluß des Vaters als Altentheilers auf den Nächstberechtigten unter den Geschwistern fällt.

Runde, Leibzucht S. 468 ff.

Mithin würde im vorliegenden Falle der Beklagte erst dann, wenn außer dem gegenwärtigen Stellbesitzer successiv auch

seine übrigen drei Kinder ohne Hinterlassung von Leibeserben versterben und dadurch die Stelle an ihn vererben sollte, in die Lage kommen, sie veräußern zu können.

Wenn hiernach die Frage, ob die Verkaufsabgabe mit Recht von ihm gefordert werde, den Beklagten außer für den gegenwärtigen, höchstens nur noch für einen, an sich schon sehr unwahrscheinlichen Fall berührt, so ist es klar, daß auch das Interesse der klagenden Behörde in der vorliegenden Sache kein höheres sein kann, und vermag mithin die weiter reichende Klagbitte, weil der oben dargestellten Sachlage gegenüber jeder Bedeutung entbehrend, die Appellabilität der Sache nicht zu begründen.

---

35. Lübeck.

Louis Anton Christian Dellien zu Lübeck, Kläger, wider die Erben des weiland **Johann Matthias Nicolaus Schmidt** daselbst, jetzt **Anna Maria Catharina Bosse** cum. cur. mar. zu Hamburg, Beklagte, sowie ihren Ehemann als Intervenienten, wegen Umschrift eines Hauses.

Vertrags-Abschließung durch Stellvertreter. Hat ein Mandatar auf Grund einer ihn dazu legitimirenden offenen Vollmacht mit einem Dritten contrahirt, dabei aber eine ihm daneben ertheilte, dem Dritten unbekannt gebliebene, beschränkende Instruction übertreten, so wird durch diesen Umstand die Verbindlichkeit des Contractes für den Mandanten nicht gehindert. Das gilt nicht bloß im Falle eines Institor, sondern auch bei allen anderen Arten des Mandates. Ob die beschränkende Instruction gleich Anfangs ertheilt war, oder erst später hinzukam, macht keinen Unterschied.

Rechtsfall. In dem oben № 33 mitgetheilten Rechtsfall war die dem Kaufmann Rasch ertheilte Vollmacht, für welche

dieser, auf Anlaß des § 29 der Lübeckischen Stadtbuchs-Ordnung vom 6. Juni 1818,*) unter dem 1. Mai 1862 die Bestätigung des Obergerichtes erwirkt hatte, von den Eheleuten Bosse mittelst schriftlicher Erklärung vom 6. Juni 1862 aufgekündigt worden. In Ermangelung eines Vertreters der Ehefrau Bosse konnte nun, obwohl die Verlassung des Hauses an den Käufer Dellien im October erfolgte, die Umschrift im Oberstadtbuch nicht vollzogen werden. Dellien klagte deshalb gegen sämmtliche Schmidt'sche Erben auf Beschaffung der Umschrift, indem er den Kaufcontract vom 27. Mai 1862 überreichte und sich wegen Ermächtigung des Kasch, den Contract mit abzuschließen, auf die darunter befindliche notarielle Beglaubigung bezog, woselbst es heißt: der Kaufmann Kasch habe sich durch eine am 29. April 1862 von der Ehefrau Bosse zu Hamburg notariell ausgestellte, vom Obergericht zu Lübeck unter dem 1. Mai bestätigte und dem Niederstadtbuche einverleibte Vollmacht zur Vertretung der rc. Bosse bei der Regulirung des Schmidt'schen Nachlasses legitimirt. — Nach vergeblichen Verhandlungen über die Bestellung eines gemeinschaftlichen Anwalts für die Schmidt'schen Erben, wobei die Wittwe Schmidt und die Vormünder ihrer unverheiratheten Töchter wiederholt erklärten, daß sie der Klage jederzeit nachzukommen bereit gewesen seien und noch seien, kam es endlich dazu, daß die Ehefrau Bosse als Hauptbeklagte und ihr Ehemann als Intervenient sich auf die Klage einließen und den Proceß allein fortsetzten. Sie bestritten die Verbindlichkeit des Kaufvertrages, weil ihr Mandatar Kasch, theils wegen der ihm gleich Anfangs ertheilten Instruction, nichts Wichtiges ohne Anfrage vorzunehmen, theils wegen der in № 33 besprochenen telegraphischen Depesche, durch Abschluß des Vertrages seine Vollmacht überschritten habe. In zweiter Instanz brachte der Kläger, mit der Vernehmlassung auf die Appellation der Beklagten, nachträglich eine amtlich beglaubigte

*) „Vollmachten für Stadtbuchshandlungen müssen in der Regel obrigkeitlich beglaubigt, allemal aber vom hiesigen Obergerichte bestätigt seyn."

Abschrift der von den Eheleuten Bosse am 29. April 1862 ausgestellten Vollmacht und des obergerichtlichen Bestätigungsdecretes vom 1. Mai bei. Der Inhalt der Vollmacht ist der oben S. 439 angegebene.

1) Erkenntniß des Niedergerichts vom 2. Mai 1863.

In Erwägung:

— — — daß Beklagte und Intervenient ihre Behauptung der Mandatsüberschreitung auf zwei Momente stützen, nämlich einmal darauf, daß dem Kaufmann Kasch, schon vor Ertheilung der zu seiner Legitimation als Vertreter der Ehefrau Bosse bei der Regulirung des Nachlasses des weiland J. M. N. Schmidt dritten Personen gegenüber erforderlichen schriftlichen Vollmacht Seitens der Ehefrau Bosse c. cur. mar. von dem Ehemann Bosse die specielle Instruction geworden sei, in keinen irgendwie wichtigen Dingen ohne vorgängige Anfrage bei ihm (dem Ehemann Bosse) zu verfahren; und daß diese Instruction bezüglich des in Rede stehenden Hausverkaufes von dem Kaufmann Kasch nicht befolgt worden sei; andererseits darauf, daß der Ehemann Bosse durch eine am 27. Mai 1862 Mittags 1 Uhr 17 Min. von Hamburg abgesandte und dem Kaufmann Kasch noch *vor* Unterzeichnung des fraglichen Contractes zu Händen gekommene telegraphische Depesche dem in Rede stehenden Hausverkaufe ausdrücklich widersprochen habe;

daß jedoch der Zulassung einer Berufung auf diese Momente in dem *vorliegenden* Rechtsstreite, selbst wenn dieselben bei dem erfolgten Widerspruche des Klägers erweislich gemacht werden könnten, die Erwägung entgegensteht:

daß nach dem eigenen Anführen der Eheleute Bosse in der dem Kaufmann Kasch geständigermaßen gerade zum Behufe seiner Legitimation als Vertreter der Ehefrau Bosse in der beregten Nachlaßangelegenheit *dritten* Personen gegenüber ertheilten *unbeschränkten schriftlichen* Vollmacht der ihm angeblich *vorher* von dem Ehemanne Bosse gewor-

denen, seine Mandatsbefugnisse wesentlich einschränkenden Instruction überall nicht gedacht worden ist;

daß diese schriftliche Vollmacht Inhalts der notariellen Beglaubigung unter dem Kaufcontracte (Anl. A zur Klage) in öffentlicher Audienz des Obergerichts verlesen und confirmirt, auch demnächst in das Nieder-Stadtbuch eingetragen worden ist, und in Folge des ersten Umstandes für eine öffentlich (palam) ertheilte Vollmacht zu erachten ist;

cf. Pauli, Abhandl. I. p. 176 seq.

daß Seitens der Eheleute Bosse nicht behauptet worden ist, daß dem Kläger von der dem Kaufmann Kasch angeblich vor Ertheilung der schriftlichen Vollmacht gewordenen Instruction oder von dem dem Letzteren angeblich vor Unterzeichnung des Kaufcontracts Seitens desselben telegraphisch gemeldeten Widerspruche des Ehemannes Bosse gegen den fraglichen Hausverkauf vor Abschließung des Kaufcontractes Kunde geworden sei oder bei der nöthigen Diligenz hätte Kunde werden müssen, Kläger mithin annehmen durfte und mußte, daß die von den Eheleuten Bosse dem Kaufmann Kasch ertheilte und in öffentlicher Audienz confirmirte schriftliche Vollmacht einzig und allein für die Beurtheilung der Befugnisse desselben maßgebend sei;

daß unter solchen Umständen der Grundsatz, wonach der Mandant dem Dritten aus Handlungen seines Mandatars auch dann verhaftet ist, wenn der Mandatar außer der ihm ertheilten offenen Vollmacht, kraft welcher er mit dem Dritten contrahirte, noch eine geheime Instruction empfing und er diese letztere überschritten hat,

l. 11 § 2—5 D. de inst. act. (14. 3.)
Glück, Comment. Bd. 15. p. 328.
Thibaut, Pandecten (ed. 6) § 877.
Seuffert, Archiv Bd. 12. p. 201.

Platz zu greifen und demgemäß die Weigerung des Consenses in die Umschrift des an den Kläger von den Schmidt'schen Erben verkauften Hauses abseiten der Eheleute Bosse für im Rechte begründet nicht zu erachten ist;

daß, wenn dieselben demnach gleich den übrigen beklagten Miterben zur Ertheilung ihres Consenses in die Umschrift des qu. Hauses auf den Kläger, nach zufolge § 4 der Stadtbuchsordnung vom 6. Juni 1818 vorgängig zu wiederholender Verlassung, schuldig zu erkennen sind, den ihnen etwa gegen ihren Bevollmächtigten, Kaufmann Kasch, wegen der angeblichen Ueberschreitungen der ihm ertheilten Instructionen zustehenden Regreßrechten dadurch selbstverständlich in keiner Weise präjudicirt wird;

daß bei dem Obsiege des Klägers in der Hauptsache die Beklagten in die Kosten des Verfahrens zu verurtheilen sind, wiewohl unter Vorbehalt der der Wittwe Schmidt und den Schmidt'schen Minorennen wegen Ersatz der ihnen durch das Verhalten der Eheleute Bosse erwachsenen Kosten etwa zustehenden Regreßrechte;

erkennt das Niedergericht für Recht:

die beklagten Erben des weil. Kaufmannes Joh. Matth. Nic. Schmidt sind schuldig, das dem Kläger laut Kaufcontract vom 25/27. Mai 1862 verkaufte Grundstück sub № 619 in der großen Burgstraße c. pert. in der Anfang Juni dieses Jahres stattfindenden öffentlichen Audienz des Obergerichts auf's Neue an den Kläger zu verlassen und demnächst binnen 8 Tagen nach der Verlassung das bezeichnete Grundstück c. pert im Obern-Stadtbuche auf den Namen des Klägers umschreiben zu lassen, unter dem Präjudize, daß widrigenfalls der Protonotar gerichtsseitig ermächtigt werden soll, mit der Umschrift des libellirten Grundstücks c. pert. auf den Namen des Klägers im Obern-Stadtbuche von Amtswegen zu verfahren; wogegen nach erfolgter Umschrift die vom Kläger laut rec. XII in Stelle der anfänglich deponirten Crt. ℔ 2000. ad judiciale depositum gebrachten 3 Obligationen nebst Coupons und den baar hinterlegten Crt. ℔ 5. 9 ß an die Beklagten auszuantworten sind.

Die taxmäßigen Kosten dieses Rechtsstreits, soweit nicht bereits über dieselben erkannt worden ist, haben die be-

klagten Erben des weiland J. M. N. Schmidt, salvo regressu inter se, dem Kläger binnen 4 Wochen sub poena executionis zu erstatten.

2) Obergerichtliches Erkenntniß
vom 10. December 1863.
Juristenfacultät zu Kiel.

(Auf Appellation der Beklagten.)

Daß es Appellirens ungeachtet bei dem Erkenntniß voriger Instanz zu bewenden habe, mit der Maßgabe, daß Beklagte schuldig sind, die ihnen auferlegte Verlassung in der nächsten nach eingetretener Rechtskraft dieses Erkenntnisses stattfindenden öffentlichen Audienz des Obergerichtes zu bewirken, so wie auch Beklagte Appellantin, A. M. C. Bosse und ihr Ehemann J. H. A. Bosse, Intervenient, in die Kosten dieser Instanz, abzüglich der der Staatscasse zur Last fallenden Versendungskosten, zu verurtheilen sei.

Entscheidungsgründe.

In der Sache selbst hält sich Beklagte und deren Ehemann als Intervenient durch das Erkenntniß des Niedergerichts vom 2. Mai d. J. beschwert,

I. weil nicht dem Kläger der Beweis auferlegt ist, daß der Bevollmächtigte Kasch zum Abschluß des Kaufvertrages befugt gewesen sei, und weil der Beklagten nicht nachgelassen ist zu beweisen, daß die Befugniß des Kasch durch ausdrückliches Verbot des Hausverkaufes rechtzeitig aufgehoben sei; eventuell

II. weil der Beklagten nicht der Beweis nachgelassen ist, daß Kasch zum Abschluß des Kaufvertrages nicht befugt gewesen, insbesondere, daß derselbe angewiesen war, in allen wichtigen Angelegenheiten nicht ohne vorherige Anfrage bei dem Intervenienten zu Werke zu gehen.

Allein Beklagte hat klar zugegeben, daß Kasch von ihr cum curatore marito. nachdem erst der Ehemann mündlich

in Lübeck den Kasch beauftragt, eine schriftliche notariell aus-
gestellte Vollmacht erhalten zur Vertretung der Beklagten bei
der Regulirung des Nachlasses des weiland Joh. Matth. Nicol.
Schmidt, und zwar um ihn dadurch gegen Dritte zu legiti-
miren. Auch kann es weiter keinem rechten Zweifel unter-
liegen, daß diese Vollmacht auch obergerichtlich kund gethan
und bestätigt ist. Will man auch davon absehen, daß Kläger
diese obergerichtlich bestätigte und im Niedern-Stadtbuch ein-
getragene Vollmacht in beglaubigter Abschrift noch in der
Appellations-Instanz eingebracht hat, weil Beklagte darüber
noch nicht gehört ist, so kann doch andererseits dem Zeugniß
der beiden Lübecker Notare hinter dem Kaufcontract Anl. A
nicht jede Bedeutung abgesprochen werden, wie Beklagte in
der Appellations-Instanz will. Vielmehr giebt ein solches
Zeugniß eine wohlbegründete Vermuthung für die Wahrheit
des Sachverhalts. Auch hat Beklagte diese von den No-
taren beglaubigte Thatsache, trotzdem, daß Kläger in seiner
Klage ausdrücklich darauf hingewiesen, in der Vernehmlassung
gar nicht bestritten und also schon zugestanden. Und selbst
über den Inhalt der Vollmacht, ihren Umfang und ihre Be-
schränkung, hat sie in der Appellations-Instanz nichts weiter
zu behaupten vermocht, als daß in den Acten darüber nichts
vorliege. Zwar stellt Beklagte die obergerichtliche Bestätigung
als wider ihr und des Ehemannes Wissen und Willen, also
als erschlichen und rechtsungültig dar. Allein da sie ausdrück-
lich anerkennt, daß von ihr cum curatore marito eine Voll-
macht an Kasch abgesandt und zwar zur Legitimation gegen
Dritte, um der Lübecker Form zu entsprechen, so hatte Kasch,
weil er die Vollmacht angenommen, Alles das ex officio
mandati vorzunehmen, was in Lübeck zur Ausführung der
Vollmacht vorausgesetzt wird. Dazu gehört auch die Ver-
öffentlichung der Vollmacht in obergerichtlicher Audienz. Kasch
war dafür verantwortlich, daß er dies that: denn er mußte
wissen, was weiter zum Gebrauch erforderlich ist, er mußte
der Lübeckischen Form entsprechen.

L. 121. D. de. reg. iur. 50. 17.

Der Gebrauch der Vollmacht war dem Kasch an die Hand gegeben, und da mußte er das Interesse bestmöglichst wahrnehmen und also öffentliche Vollmacht erwirken.

Ist somit auf Grund der veröffentlichten Vollmacht Kasch Dritten gegenüber wohl legitimirt gewesen, so muß Beklagte alle die Handlungen ihres Bevollmächtigten auf sich nehmen, welche der Vollmacht und einer vernünftigen Auslegung derselben nicht widerstreiten.

Es würde somit zu fragen sein, ob der Verkauf des Hauses innerhalb der Grenzen der zur Regulirung der Erbschaft ertheilten Vollmacht liege. Nach der vom Kläger noch beigebrachten Vollmacht würde kein Zweifel sein. Allein auch abgesehen davon muß nach den Acten Kasch zum Verkauf für berechtigt angesehen werden. An keiner Stelle hat Beklagte behauptet, daß die Befugniß des Kasch zum Verkauf nicht in der Vollmacht ausdrücklich oder stillschweigend enthalten gewesen sei. Sie giebt vielmehr dies klar zu und behauptet nur, daß die Vollmacht rücksichtlich des Verkaufs noch rechtzeitig durch telegraphische Depesche zurückgenommen sei. Und wenn ferner Beklagte anführt; ihr Mann habe dem Kasch mündlich aufgegeben, in wichtigen Dingen nicht ohne vorherige Anfrage bei ihm zu Werke zu gehen, so geht daraus nicht hervor, daß der Mann den Hausverkauf sich vorbehalten und außer das Mandat gestellt habe. Es kommt aber hinzu, daß diese Bestimmung des Ehemannes nicht in die spätere, von der Beklagten cum curatore marito ertheilte Vollmacht aufgenommen worden ist. Diese Vollmacht war also zur Legitimation gegen Dritte ohne Beschränkung ertheilt. Unter diesen Umständen muß auf die Beklagte der Rechtssatz Anwendung leiden, kraft dessen der Auftraggeber an die Handlungen seines Beauftragten, die der veröffentlichten Vollmacht entsprechen, Dritten gegenüber selbst dann gebunden ist, wenn sie gegen beschränkende Instructionen verstoßen, die neben der Vollmacht dem Beauftragten gegeben sein mögen, den Dritten aber ohne ihre Schuld unbekannt geblieben sind. Nun beweis't aber überdies die von der Beklagten oft

erwähnte Depesche des Ehemannes, daß derselbe auch vom Hausverkauf und dessen Einzelheiten gewußt und Kasch angefragt habe, womit dieser Einwand sich von selbst erledigt. Hiernach bleibt nur noch der Einfluß der Depesche zur Betrachtung übrig. Dieselbe wurde an Kasch abgesendet und enthält nicht einen Widerruf der Vollmacht dahin, daß überhaupt nicht verkauft werde, sondern nur die Notiz, daß der Ehemann auf den Kauf zu dem Preis nicht eingehe. Beklagte behauptet nicht, daß Dritten, speciell dem Kläger gegenüber, die Vollmacht widerrufen sei, oder Kläger davon Kunde gehabt. Nur das könnte aber entscheiden. So lange Dritten gegenüber die öffentlich ertheilte Vollmacht noch aufrecht besteht, so lange dürfen Dritte dieser Vollmacht vertrauen, wenn sie nicht sonst von der Aufhebung wußten.

L. 11 § 2 D. de instit. act 14. 3. — ceterum qui praeposuit, tenebitur ipsa praepositione.
c 13 X. de procur. 1 38.
A. D. H.-Gesetzb. Art. 25.

Es ist somit die telegraphische Depesche an Kasch ohne rechtliche Wirkung gegen Dritte.

Es sind demnach die Thatsachen, worüber Beklagte entweder dem Kläger oder ihr selbst Beweis auferlegt wissen will, völlig unerheblich, und es waren daher die beiden ersten Beschwerden als unbegründet zu verwerfen.

III. Wenn sich endlich Beklagte darüber beschwert, daß den andern Erben ein Regreßrecht wegen Ersatz der ihnen durch das Verhalten der Beklagten und ihres Ehemannes erwachsenen Kosten vorbehalten ist, so liegt ein Grund zur Beschwerde nicht vor. Denn das Erkenntniß erkennt einen Regreß nicht zu; es ist also darüber noch gar nichts gerichtlich festgestellt.

Mußte demnach unter Verwerfung sämmtlicher Beschwerden das angefochtene Erkenntniß des Niedergerichts bestätigt werden, so konnte dies doch nur mit der im Urtheil selbst ausgedrückten Maßgabe geschehen, da eine wörtliche Ausführung jenes Erkenntnisses unmöglich ist, weil inzwischen die

darin bezeichnete öffentliche Audienz des Obergerichts zu Anfang Juni d. J. längst verstrichen ist.

---

3) Oberappellationsgerichtliches Erkenntniß vom 13. Mai 1865.

(Auf Appellation der Beklagten.)

Das Erkenntniß lautet bestätigend, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dritter Instanz.

Entscheidungsgründe.

A. Die Beschwerden, welche die Beklagte nebst ihrem Ehemann in der Sache selbst aufgestellt hat, grav. 1 und 2 voriger wie jetziger Instanz, geben zu den zwei Fragen Veranlassung:

1) ob die anfängliche Befugniß ihres Bevollmächtigten Kasch zum Abschluß des jetzt streitigen Kaufvertrages bereits nach den bisherigen Acten feststehe, oder erst noch zum Gegenstande eines Beweisverfahrens gemacht werden müsse, wie dies im ersten Theil beider, sich nur in Ansehung der Beweislast unterscheidenden Beschwerden verlangt wird;
2) ob der Beklagten noch der Beweis der Einrede nachzulassen sei, daß die Befugniß des genannten Bevollmächtigten durch ausdrückliches Verbot des fraglichen Hausverkaufes rechtzeitig aufgehoben worden sei, worauf der zweite Theil beider Beschwerden gerichtet ist.

Was nun

I. die erste dieser Fragen betrifft, so hat die Beklagte in der Vernehmlassung und Duplik erster Instanz soviel ausdrücklich zugestanden, daß der Kaufmann Kasch zu Lübeck (im April 1862) zunächst mündlich durch ihren Ehemann den Auftrag erhalten habe, ihre Rechte bei Regulirung des väterlichen Nachlasses zu vertreten, und daß demselben die zur Legitimation gegenüber dritten Personen erforderliche schriftliche Vollmacht von der Beklagten selbst cum curatore marito ausgestellt worden sei. Sie hat auch nicht bestritten, daß ein Verkauf des zur Erbmasse gehörigen, hier

fraglichen, Hauses im Allgemeinen unter den Befugnissen des genannten Bevollmächtigten mit begriffen gewesen sei, behauptet aber, der ertheilte Auftrag sei von Anfang an durch die Anweisung beschränkt gewesen, daß der Mandatar in irgend wichtigen Dingen nicht ohne Anfrage zu Werke gehen solle. Wenn die sententia a qua diesen Einwand schon deshalb für erledigt anzusehen scheint, weil die von Seiten des beklagtischen Ehemannes am 27. Mai 1862 erlassene telegraphische Depesche auf eine vorgängige Anfrage des Mandatars schließen lasse, so konnte dem bei der völligen Unsicherheit dieser Folgerung nicht beigetreten werden. Wohl aber mußte der Einwand mit Rücksicht auf den Inhalt der dem Kaufmann Kasch ertheilten schriftlichen Vollmacht für unbegründet, beziehungsweise unerheblich erachtet und folgeweise die Beschwerde verworfen werden. Es ist nämlich

1) bereits als constatirt anzusehen, daß jene Vollmacht von einer Verpflichtung des Mandatars zu vorgängiger Anfrage in wichtigen Dingen nichts enthielt, vielmehr so lautete, wie aus dem vom Kläger als Anl. B zur Vernehmlassung voriger Instanz überreichten beglaubigten Auszug aus dem Nieder-Stadtbuche ersichtlich ist.

Der Kläger hat sich in der Klage wegen der Ermächtigung des Kaufmann Kasch zur Abschließung des Hausverkaufes ausdrücklich auf die notarielle Beglaubigung unter der als Klagbeilage producirten Contracts-Urkunde bezogen, somit den Inhalt der Beglaubigung zum Bestandtheil der Klage gemacht, und die Richtigkeit dieses Inhaltes muß, da sie in der Vernehmlassung nicht bestritten worden ist, als zugestanden erachtet werden. Die notarielle Beglaubigung geht aber dahin: der Kaufmann Kasch habe sich durch eine am 29. April 1862 von der Beklagten zu Hamburg notariell ausgestellte, vom hiesigen Obergericht unter dem 1. Mai bestätigte und dem Nieder-Stadtbuche einverleibte Vollmacht zur Vertretung der Beklagten bei der Regulirung des Schmidt'schen Nachlasses legitimirt. In der Duplik erklärte sodann die Beklagte, es sei **neben** und **nach** dem von ihrem Ehemanne ertheilten und

mit der beschränkenden Anweisung zu vorheriger Anfrage in wichtigen Dingen verbundenen Auftrage die zur Legitimation gegenüber dritten Personen erforderliche schriftliche Vollmacht ausgestellt worden, und dadurch werde an dem Inhalt des mündlichen Auftrages nichts geändert; was offenbar darauf hindeutet, daß die schriftliche Vollmacht selbst keine solche Beschränkung ausgedrückt habe. Erwägt man dazu, daß die in § 29 der Stadtbuchs-Ordnung vom 6. Juni 1818 vorgeschriebene obergerichtliche Bestätigung ohne Zweifel einer Vollmacht, worin die Ermächtigung des Mandatars zu Veräußerungen und Umschriften von einer jedesmaligen vorgängigen Anfrage bei dem Mandanten abhängig gemacht gewesen wäre, nicht ertheilt worden sein würde, so spricht schon hiernach die höchste Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Vollmacht, womit Kasch sich bei Unterzeichnung des Contractes legitimirte, eine beschränkende Clausel jener Art nicht enthalten habe. Dies wird aber durch die in zweiter Instanz producirte Anl. B zur vollen Gewißheit erhoben. Denn daß die laut dieses Documentes in das Nieder-Stadtbuch eingetragene Vollmacht eben diejenige war, womit sich Kasch bei Unterzeichnung des Contractes vor den Notaren legitimirte, wird durch das genaue Zutreffen aller Angaben der Letzteren, insbesondere des Tages der Ausstellung wie des Tages der obergerichtlichen Bestätigung, außer allen Zweifel gesetzt; und ebenso liefert die Eintragung in das Nieder-Stadtbuch einen vollständigen Beweis über den Inhalt der aufgenommenen Vollmacht.

Vgl. Lüb. Jacobj & Comp. c. Stelterfoht Wittwe, März 1844. (Bruhn, Samml II S. 399)

Nun ist zwar die Anl. B von der Beklagten noch nicht ausdrücklich anerkannt worden, allein bei dieser von der competenten Behörde amtlich ausgefertigten Urkunde bedarf es dessen auch nicht, vielmehr würde ihre Richtigkeit nur durch besonders zu begründende Einreden angefochten werden können. Da aber die Beklagte in jetziger Instanz Gelegenheit gehabt hat, sich über das Document zu erklären, sie dasselbe auch in ihrem Appellationslibell zum Gegenstand der Be-

sprechung gemacht und nur eine positive Anerkennung desselben vermieden hat, ohne irgend eine ihr dagegen zustehende Einwendung anzudeuten, während sie dazu, wenn ihr wirklich Einwendungen zu Gebote ständen, um so mehr veranlaßt sein mußte, als sie selbst, wie erwähnt, von Anfang an gar nicht behauptet hat, daß die für Kasch ausgestellte schriftliche Vollmacht eine beschränkende Clausel der obigen Art enthalten habe, so konnte es keinem Bedenken unterliegen, die Richtigkeit der Anl. B bei der Entscheidung ohne Weiteres zu Grunde zu legen.

2) Wenn es hiernach bereits als erwiesen erachtet werden muß, daß die Vollmacht, womit sich Kasch dem Kläger gegenüber als Mandatar auswies, den aus der Anl. B ersichtlichen Inhalt hatte, wonach die Ermächtigung des Kasch zur Regulirung des Schmidt'schen Nachlasses und zu der dahin gehörigen Veräußerung von Grundstücken keiner besonderen Beschränkung unterlag, so war der Kläger vollkommen berechtigt, mit Kasch als Stellvertreter der Beklagten den fraglichen Kaufcontract abzuschließen, und der Contract wurde für sie ebenso bindend, als wenn sie ihn selbst abgeschlossen hätte.

Daran wird aber auch nichts geändert, wenn, wie die Beklagte behauptet, Kasch bei der mündlichen Ertheilung des Auftrags die Anweisung empfangen haben sollte, in wichtigen Dingen nicht ohne Anfrage zu Werke zu gehen. Denn wenn ein Mandatar als solcher mit einem Dritten contrahirt, und dazu durch eine entweder öffentlich kund gemachte oder sonst ihrer Bestimmung gemäß zur Kenntniß des Dritten gebrachte Vollmacht legitimirt worden ist, so können daneben ertheilte abweichende oder beschränkende Instructionen, welche dem Dritten unbekannt geblieben sind, den Mandanten von der Verpflichtung aus dem für ihn abgeschlossenen Contract nicht befreien, da er selbst den Dritten veranlaßt hat, dem Inhalt der dem Stellvertreter ertheilten Vollmacht Vertrauen zu schenken, ihn nach einer in den Quellen selbst vorkommenden Ausdrucksweise

vgl. § 8 I. quod c. eo. (4. 7) l. 1. pr. D. quod jussu (15. 4) l. 34. § 3. D. de solution. 46. 3.

zum Contrahiren mit dem Stellvertreter gewissermaßen selbst beauftragt hat. Bei dem Verhältniß eines institor ist dieser Satz nach den schon vom Niedergericht angeführten Quellen-Aussprüchen

l. 11 § 2—5. D. de instit. act. (14, 3.)

außer Zweifel. Mit Unrecht meint aber der Sachführer der Beklagten, der Satz beschränke sich auf dieses besondere Verhältniß und könne auf ein gewöhnliches Mandat nicht angewandt werden. Der Satz ist vielmehr, soweit die Gesetzgebung überhaupt beim Contrahiren durch Stellvertreter eine zwischen dem Auftraggeber und dem dritten Contrahenten entstehende Obligation anerkennt, ein praktisch mit Nothwendigkeit folgender, weil die Willenserklärung, welche der Mandant in die offene Vollmacht niedergelegt hat, eben dadurch von ihm zur Grundlage für den Consens des dritten Contrahenten gemacht wird. Im römischen Recht hat sich die Begründung einer unmittelbaren Verpflichtung des Mandanten aus Contracten des Mandatars früher bei dem Verhältniß des institor (sowie des magister navis) entwickelt, und ist erst später auf die anderen Arten des Mandats ausgedehnt worden. Es bedurfte aber hier keiner nochmaligen speciellen Sanction des obigen Satzes, weil die Ausdehnung gerade durch die Analogie des Institorenverhältnisses, durch eine quasi institoria actio, vermittelt wurde, wobei die volle Anwendung der von der institoria actio geltenden Grundsätze — also auch des Grundsatzes, daß eine vom Principal ausgehende offene Legitimation den dritten Contrahenten einer weiteren Erkundigungspflicht über die Grenzen des Auftrages überhebt — sich von selbst verstand. Auch in Deutschland ist daher der Satz als ein für alle Arten des Mandates gültiger immer anerkannt worden.

Vgl Hertius, de obligat. mandantis et mandatarii contemplatu tertii. (Opusc. Vol. I Tom. III) § 11.
Leyser, medd. spec. 178 med. 5. spec. 180. med. 2.
Glück, Comment. Bd. 15. S. 328.
Thibaut, Pand. ed. 7. § 877.
v. Wening, Lehrb. III § 54.
v. Savigny, Obligat.-R. Bd. 2. S. 52.

Im vorliegenden Falle folgt daraus, daß die Beklagte sich auf die angeblich mündlich ihrem Mandatar ertheilte beschränkende Instruction nur berufen könnte, wenn diese Instruction dem Kläger mitgetheilt worden oder doch sonst in glaubhafter Weise zu seiner Kenntniß gelangt wäre. Daß dies aber geschehen sei, hat sie selbst nirgends behauptet; und es fehlt somit dem Einwande der Beklagten, welcher die Natur einer Einrede hat, die thatsächliche Begründung.

II. Die Beklagte verlangt den Nachlaß des Einrede-Beweises, daß die Befugniß ihres Mandatars Kasch zum Abschluß des fraglichen Hausverkaufes durch ausdrückliches Verbot dieses Verkaufes rechtzeitig aufgehoben worden sei. Zur thatsächlichen Begründung der Einrede ist in der Vernehmlassung und Duplik angeführt worden, zur Zeit des Vertragsabschlusses am Abend des 27. Mai 1862 sei die dem Kasch ertheilte Vollmacht bereits durch eine telegraphische Depesche des Ehemannes der Beklagten in Bezug auf den Abschluß des Hausverkaufes aufgehoben gewesen, und diese Depesche nicht nur einige Stunden vorher dem Kasch selbst zugestellt worden, sondern auch zur Kunde der bei der Vertragsvollziehung fungirenden Notare gelangt.

Die Einrede und die deshalb aufgestellte Beschwerde stellen sich jedoch aus dem nämlichen Grunde, wie der vorige Einwand, als verwerflich dar, indem die Beklagte nicht zu behaupten vermocht hat, daß die fragliche telegraphische Depesche vor Abschluß des Vertrages zur Kenntniß des Klägers gelangt sei, während diese Behauptung auch hier für die Erheblichkeit der Einrede unentbehrlich gewesen wäre. Ob dieser Gesichtspunkt auch dann entscheiden würde, wenn die dem Kasch ertheilte Vollmacht von der Beklagten oder ihrem Ehemanne widerrufen worden wäre, kann dahin gestellt bleiben. Denn die telegraphische Depesche, welche nach der eignen Angabe der Beklagten in der Duplik wörtlich dahin lautete:

„Genehmige den Verkauf des Grundstückes nicht, biete vorläufig 500 Mark mehr, bitte um briefliche Nachricht."

und nach p. 9 des Appellationslibelles jetziger Instanz von dem Ehemann der Beklagten abgesendet wurde, als er erfahren hatte, an wen und für welche Summe das Haus verkauft werden sollte, enthält gar keine Aufkündigung des an Kasch ertheilten Mandates, weder überhaupt noch etwa hinsichtlich der Veräußerung des fraglichen Hauses, sondern setzt im Gegentheil die Fortdauer der demselben übertragenen Stellvertretung voraus, und ertheilt ihm nur die Anweisung, zu dem Verkauf, wie er eingeleitet worden, nicht einzuwilligen, den Kaufpreis vorläufig um 500 ℔ zu überbieten und vor definitivem Abschluß erst zu berichten. Im Vergleich zu der ausgestellten schriftlichen Vollmacht war die Depesche daher nichts anderes, als eine nachträglich ertheilte beschränkende Instruction des Mandatars für die fernere Behandlung der Hausverkauf-Angelegenheit. Ob aber ein durch offene Vollmacht legitimirter Mandatar gleich Anfangs besondere Anweisungen empfängt, wodurch seine Befugnisse im Verhältniß zum Mandanten enger begrenzt sind, oder ob ihm solche Anweisungen erst später ertheilt werden, das steht sich völlig gleich. In dem einen wie in dem anderen Falle können die Rechte Dritter, welche im Vertrauen auf die Vollmacht mit dem Mandatar contrahirten, durch die ihnen unbekannt gebliebene Instruction des letzteren, der obigen Ausführung gemäß, nicht beeinträchtigt werden.

B. In ihrer dritten Beschwerde jetziger wie voriger Instanz haben sich die Beklagte und ihr Ehemann über ihre Verurtheilung in die Kosten und den Vorbehalt eines Regresses ihrer Miterben wegen der den letzteren erwachsenen Kosten beschwert. Mit der Bestätigung der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung rechtfertigte sich aber von selbst die Verurtheilung der Beklagten in die Kosten erster und zweiter Instanz; und was den erwähnten Vorbehalt betrifft, so liegt in demselben kein Anlaß zu einer Beschwerde, da der Beklagten dadurch in keiner Weise präjudicirt wird, sie also namentlich bei der Vertheidigung gegen den etwaigen Regreß auch ihre Behauptung, der Kläger sei in die den

übrigen Miterben veranlaßten Proceßkosten zu verurtheilen gewesen, sofern diese Behauptung begründet sein sollte, weiter verfolgen darf.

---

36. Frankfurt.

Franz Wachtersche Eheleute zu Cochem, Kläger und Impetranten, wider **Franz Joseph Becker** aus Mainz, Beklagten und Impetraten, Bezahlung von 1796 fl. 29 kr. und deshalb impetrirten Arrest betreffend.

---

1) Zur Interpretation des Art. 52 der provisorischen (Frankfurter) Proceßordnung vom 8. Februar 1820.

2) Die actio judicati aus einem im Auslande ergangenen Urtheile ist im Domicil des Beklagten statthaft, wenn vorliegt, daß von den zuständigen Gerichten in gesetzlicher Form des Verfahrens bis zu einem Urtheil, dessen Anfechtung nicht mehr möglich ist, fortgeschritten worden.

3) Der Richter hat nicht die Befugniß, zwei zugleich belangte solidarisch verpflichtete Schuldner ex officio in solidum zu verurtheilen, weder nach französischem noch nach gemeinem Rechte.

Rechtsfall. Zur Erläuterung des Thatsächlichen, welches sich im übrigen aus den mitgetheilten Entscheidungsgründen ergiebt, ist zu bemerken.

Die Wittwe des Handelsmannes Peter Joseph Hagemann zu Mainz Maria Josephine geb. Hagemann verheirathete sich 1836 wieder mit dem ebenfalls in Mainz wohnenden Kaufmann (demnächstigen Rentier) Franz Joseph Becker. Die Vormundschaft ihres am 18. März 1834 geborenen Kindes erster Ehe Clara Magdalene Josephine Hagemann, welche sich später mit Franz Wachter (jetzt Postexpeditor in Cochem) verheirathete, wurde der Mutter und deren zweitem Ehemanne übertragen und wurde am 6. September 1842 vom Notar Wil-

helm Seyler in Mainz der Abtheilungsstatus über den Nachlaß des Handelsmanns Hagemann aufgenommen und executorisch ausgefertigt, durch welchen der väterliche Erbtheil der Hagemannschen Tochter auf 1796 fl. 29 kr. festgestellt ist. In dem Theilungsstatus heißt es unter andern:

a) durch Familienrathsbeschluß sei festgesetzt, daß die Zinsen des väterlichen Vermögens mit dem Unterhalt und einer standesgemäßen Erziehung der Tochter compensirt werden sollen, dergestalt, daß die Mutter den etwaigen Zuschuß aus ihrem Vermögen beizutragen habe, ohne befugt zu sein, für diesen Beitrag irgend einen Ersatz zu fordern;

b) durch Ehevertrag sei zwischen dem Handelsmann Hagemann und seiner Ehefrau vereinbart worden, daß im Falle vorhandener Kinder der überlebende Ehegatte die lebenslängliche Nutznießung von der Hälfte des Vermögens des zuerst versterbenden haben solle;

c) die Tochter solle ihren väterlichen Erbtheil aus dem von ihrer Mutter geschuldeten Kaufpreise für das aus dem Nachlasse angenommene Haus mit 1796 fl. 29 kr. empfangen, wovon der letzteren die Hälfte zur lebenslänglichen Nutznießung verbleibe. —

Am 15. October 1861 erwirkten die Wachterschen Eheleute auf Grund des Abtheilungsstatus vom 6. September 1842 einen Zahlbefehl des Gerichtsvollziehers Simon zu Mainz, durch welchen der verwittwet gewesenen Hagemann jetzt Ehefrau des Kaufmanns Becker zu Mainz und deren Ehemann aufgegeben wurde, den väterlichen Erbtheil der Wachterschen Ehefrau nebst Zinsen seit dem 18. Lebensjahre derselben auszuzahlen. Dem Zahlbefehl war am 7. Februar 1861 eine Signification nebst Aufkündigung voraufgegangen, mit welcher den Beckerschen Eheleuten (dem Ehemann handelnd im eigenen Namen als solidarischer Mitschuldner) der Theilungsstatus zugestellt worden.

Die gegen den Zahlbefehl von den Beckerschen Eheleuten am 16. October 1861 ergriffene Opposition wurde durch Urtheil des Bezirksgerichts zu Mainz vom 11. März 1862 ver-

worfen und der provisorische Vollzug des Urtheils unter Verurtheilung der Opponenten in die Kosten verordnet. Eine Berufung gegen dieses Urtheil hatte nur zur Folge, daß die Zinsverbindlichkeit auf die Zeit vom Tage der Großjährigkeit der Ehefrau Wachter (also vom 18. März 1855) an beschränkt wurde; im übrigen wurde das Urtheil des Bezirksgerichts bestätigt und den Appellanten auch die Erstattung der Kosten zweiter Instanz aufgelegt. (Urtheil des Obergerichts zu Mainz vom 12. Juni 1862.) Auch der gegen dieses Urtheil von den Opponenten ergriffene Cassationsrecurs ist durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts zu Darmstadt vom 17. Novbr. 1862 verworfen worden.

Eine zweite Opposition gegen den Zahlbefehl vom 15. October 1861, welche die Beckerschen Eheleute am 27. November 1862 versuchten, wurde ebenfalls durch Urtheil des Bezirksgerichts zu Mainz vom 11./14. März 1863 als unzulässig abgewiesen und trotz eingewendeter Berufung (soweit es hier in Betracht kommt) vom Mainzer Obergericht unterm 3./19. December 1863 bestätigt.

Inzwischen hatte der Kaufmann Becker wider die Wachterschen Eheleute beim Landgerichte zu Coblenz eine Klage auf Erstattung von Auslagen im Betrage von 3061 fl. 54 kr. angestellt und gebeten, dieselben zur Zahlung dieses Betrages abzüglich des väterlichen Erbtheils der Ehefrau Wachter (1796 fl. 29 kr.) zu verurtheilen. Diese Klage wurde jedoch durch Urtheil vom 17. Januar 1862 abgewiesen und dieses Urtheil vom Appellationsgerichtshofe zu Cöln unterm 29. Juli 1862 bestätigt.

Eine weitere Klage beim Landgerichte zu Coblenz hatte Becker am 5. October 1861 gegen den Franz Wachter allein wegen mehrerer Forderungen an denselben erhoben. In diesem Processe forderte Wachter widerklagend die Bezahlung verschiedener Posten von Becker, unter anderen auch den väterlichen Erbtheil seiner Ehefrau mit 1796 fl. 29 kr. Das Coblenzer Landgericht erkannte durch Urtheil vom 17. Januar und 2. Juli 1863 namentlich auch diese Forderung des Wach-

ter als begründet an und sprach ihm dieselbe mit Zinsen zu 5 % seit dem 27. December 1861 (als dem Tage der Widerklage) zu.

Auf Grund der Mainzer Urtheile vom 11. März und 12. Juni 1862 erhoben die Wachterschen Eheleute gegen den damals in Frankfurt wohnenden Rentier Franz Joseph Becker aus Mainz am 15. October 1862 Klage beim Stadtgerichte zu Frankfurt und erwirkten zugleich wegen der geforderten Beträge (Capital 1796 fl. 29 kr., Zinsen zu 5 % seit dem 18. März 1855, Mainzer Kosten 145 fl. 3 kr.) ein Mandatum de solvendo und Personalarrest gegen den Beklagten, welcher den Arrest durch Cautionsleistung abwendete.

Beklagter bestritt 1) das Vorhandensein einer res judicata; eventuell seien die in Mainz, also im Gebiete des französischen Rechts ergangenen Urtheile, in Frankfurt nicht vollstreckbar; 2) der nachgesuchte Arrest sei unstatthaft; 3) Eventualiter würden gegen die allein aus dem Theilungsstatus von 1842 zu begründende Klage vorbehalten die Einreden der Litispendenz (aus dem Coblenzer Processe), der Compensation, der Zahlung und Novation, der Theilung (beneficium divisionis mehrerer Solidarschuldner) und der Pluspetition (wegen des der Ehefrau Becker an der Hälfte des väterlichen Erbtheils der Ehefrau Wachter zustehenden lebenslänglichen Nießbrauchs). 4) Eine Zinspflicht bestehe nicht und seien mehrere Ansätze der Mainzer Kosten von dem Beklagten nicht zu erstatten.

Das Stadtgericht entsprach in seinem Erkenntnisse vom 17. Juni 1863 den Anträgen des Beklagten bloß hinsichtlich dieses letzten Nebenpunktes, indem es denselben verurtheilte, an die Kläger 1796 fl. 29 kr. nebst Zinsen zu 5 % seit dem 18. März 1855 und (an Mainzer Kosten) 122 fl. 34 kr. zu zahlen, den Arrest aufrecht erhielt und dem Beklagten die Erstattung der Proceßkosten auflegte.

In den Gründen heißt es:

Der Beklagte hat gegen das am 15. Octbr. 1862 erlassene unbedingte Mandat dieses Gerichts zunächst Einsprache erhoben:

1) daß dasselbe von den Klägern erschlichen und unst... haft nachgesucht worden sei, da ein für den Mandatspro... sich eignender Klaggrund überhaupt nicht und eine zur B... streckung dahier geeignete res judicata insbesondere ni... vorliege, der durch die Klage verfolgte Anspruch viel... lediglich auf den über den Nachlaß des Handelsmannes P... Joseph Hagemann zu Mainz durch den Notar Seyler d... selbst errichteten Theilungsstatus vom 6. Septbr. 1842, ... dessen Grundlage jedoch ein Vollstreckungsverfahren da... nicht eingeleitet werden könne, beruhe und da ferner in ... von den Klägern vorgelegten Urtheilen der Großherzogl. H... schen Gerichte zu Mainz ebensowenig eine rechtliche B... für die dahier angestellte actio judicati gefunden wer... könne, indem der eigentliche Inhalt dieser Entscheidungen ... Wesentlichen nur dahin gehe, daß jene Gerichte die geg... den Zahlbefehl des Gerichtsvollziehers Simon zu Mainz vo... 15. Octbr. 1861 erhobene Opposition verwerfen, während ... sich in der Sache selbst jeder Entscheidung enthalten hätte...

Dieser Einwand kann jedoch nicht für begründet era... werden.

Es muß dem Beklagten darin beigepflichtet werden, ... der, wenngleich mit der executorischen Clausel verseh... Notariatsact vom 6. Septbr. 1842 nach den Anschauung... des hiesigen Proceßrechts sowenig wie der hierauf gegründe... Zahlbefehl des Gerichtsvollziehers vom 15. Octbr. 1861, we... cher den Beckerschen Eheleuten als Solidarschuldnern die Za... lung des Betrags von 1796 fl. 29 kr. nebst Zinsen vom ... Lebensjahre der Ehefrau Wachter an binnen 24 Stund... bez. 30 Tagen aufgab, wegen Mangels eines eigentlichen J... dicates eine actio judicati dahier zu begründen vermöchte...

Hieraus ergiebt sich die Nothwendigkeit des Nachwei... für die Kläger, daß sie aus den Entscheidungen der Mainz... Gerichte für die in Anspruch genommene Forderung, na... Maßgabe des zu Mainz geltenden Rechts, einen neuen Rech... titel, die Grundlage der dahier erhobenen actio judicati, e... worben haben.

In dieser Beziehung ist das Nachfolgende in Betracht zu ziehen.

In der an das Bezirksgericht zu Mainz, der hierfür competenten Behörde, erhobenen Opposition setzten die beklagten Eheleute dem ergangenen Zahlbefehle des Gerichtsvollziehers den Einwand der Rechtshängigkeit entgegen; die weitere Einrede, daß der klägerische Anspruch nicht mehr geschuldet werde und gänzlich ausbezahlt sei, ließen sie in der mündlichen Verhandlung fallen und stellten schließlich den Antrag, den Zahlbefehl vom 15. Octbr. 1861 für unbegründet zu erklären, eventuell den Opponenten Becker zum Beweise der behaupteten Rechtshängigkeit zuzulassen.

Das Bezirksgericht wies nach vorausgegangener contradictorischer Verhandlung mittelst Urtheils vom 11. März 1862 die erhobene Opposition als unbegründet ab und verfügte die provisorische Vollstreckung seines Erkenntnisses.

In der hierauf von den beklagten Eheleuten an das hierfür zuständige großherzogl. Hessische Obergericht zu Mainz ergriffenen Berufung trugen die Appellanten darauf an, das Urtheil des Bezirksgerichts aufzuheben und den Zahlbefehl vom 15. Oct. 1861 als unzulässig, so wie unbegründet zu verwerfen.

Dieser Antrag wurde theils auf den vom Unterrichter verworfenen Einwand der Litispendenz, theils darauf gestützt, daß illiquide, verjährte und bereits compensirte Zinsen von dem klagenden Theile gefordert worden seien.

Das Obergericht reformirte hierauf, nachdem es beide Theile in mündlicher Verhandlung gehört, durch Urtheil vom 12. Juni 1862 das erstrichterliche Urtheil insoweit, als es den Klägern nur die Zinsen vom Tage der Großjährigkeit der klägerischen Ehefrau, dem 18. März 1855 an, zuerkannte, die weiter erhobenen Beschwerden wies es als unbegründet ab und verordnete den Vollzug seines Urtheils.

Der von den Becker'schen Eheleuten hiergegen ergriffene Cassationsrecurs wurde durch Urtheil des Cassationshofes zu Darmstadt vom 17. Novbr. 1862, wie stillschweigend vom Beklagten eingeräumt worden ist, zurückgewiesen.

Durch weitere gerichtliche Acte wurden endlich die den Klägern bei dem Bezirksgerichte und Obergerichte erwachsenen, von dem Gegner zu ersetzenden Kosten im Betrage von 35 fl. 25 kr. und 80 fl. 11 kr. festgesetzt und den Beckerschen Eheleuten gegenüber für executorisch erklärt.

Aus diesen Thatsachen ergiebt sich nun, daß der Beklagte in der erhobenen Einspruchsklage lediglich einen gerichtsablehnenden Einwand erhoben, den Anspruch der Kläger selbst aber gar nicht in den Streit gezogen hat.

Von einer novirenden Wirkung des bezirksgerichtlichen Erkenntnisses bezüglich der ursprünglichen Forderung kann daher nicht die Rede sein. Anders verhält es sich dagegen mit der Verhandlung vor dem Obergericht. Hier beschränkte sich der Beklagte nicht darauf die Einrede der Litispendenz vorzuschützen. Indem er bezüglich der Zinsenforderung sich auf Zahlung und Verjährung, sonach auf dem materiellen Rechtsgebiete angehörige Einreden berief und den klägerischen Anspruch in dieser Weise contestirte, befaßte er das Gericht nicht etwa bloß mit dem von der Hauptforderung rechtlich gar nicht trennbaren Zinsen-Accessorium, sondern mit dem Gesammtanspruch der Kläger, deducirte er rem in judicium.

Da von dem Obergericht nach vorausgegangener contradictorischer Verhandlung entschieden wurde, da es dem Beklagten, wie in der That [36] act. vom Bezirksgerichte zu Mainz 8. März 1863 erkannt worden ist, nicht mehr freistand, mit neuen Einwänden gegen die klägerische Forderung aufzutreten, vielmehr das Gebiet der vom Gesetze gewährten Instanzen hiermit erschöpft war, so kann es nicht zweifelhaft erscheinen, daß in dem obergerichtlichen Urtheile eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt.

Es fragt sich nun, was ist der Inhalt der letzteren?

Nach seinem Sinne kann derselbe nicht anders denn dahin aufgefaßt werden, daß das Gericht, indem es die gegen den Zahlbefehl eingewandte Opposition verwarf bez. theilweise zuließ, die klägerische Forderung materiell insoweit für begründet erklärte. Dies ergiebt sich auch daraus, daß die

Kläger auf Grund des obergerichtlichen Urtheils, wie nach

Zachariae, französisches Civilrecht Bd. II. § 265

nicht wohl bezweifelt werden kann, ein richterliches Pfandrecht an dem Gesammtvermögen der Beklagten erworben haben, ein derartiges Pfandrecht aber jedenfalls das Bestehen einer principalen auf dem Urtheil beruhenden Obligation ad praestandum voraussetzt.

Endlich spricht für jene Auffassung der Umstand, daß das Obergericht den Vollzug seines Urtheils anordnete, dieser Vollzug aber selbstverständlich nur die Zahlung der klägerischen Forderung zum Gegenstand haben konnte. Von einem Vollzuge des ursprünglichen Zahlbefehls, wie der Beklagte behauptet, konnte, abgesehen von dem entgegenstehenden Wortlaute, schon darum nicht die Rede sein, weil dieser Befehl in Folge der eingetretenen theilweisen Reformation rechtlich nicht mehr bestand.

Steht nun fest, daß die fragliche Entscheidung des Obergerichts die Rechtskraft beschritten hat, so folgt aus der dem rechtskräftigen Urtheile beiwohnenden cumulativ novirenden Eigenschaft

Zachariae l. c. Bd. II. § 323.

von selbst, daß die Kläger auf Grund jenes Urtheils allerdings einen selbstständigen Rechtstitel zur Verfolgung ihrer judicatmäßigen Forderung dem Beklagten gegenüber erworben haben und daher zur Anstellung der erhobenen Klage vollständig befugt sind. — — — —

Als ungerechtfertigt stellt sich

2) der weitere Einwand dar, daß der erhobenen Klage auch aus dem Gesichtspunkte der Retorsion keine Folge hätte gegeben werden dürfen. Das Gericht hat vielmehr, da die rheinhessischen Gerichte nach § 11 und 15 des großherzogl. Hessischen Gesetzes vom 21. Juni 1817 zum Vollzuge der zwischen Ausländern und zwischen Inländern und Ausländern gegebenen Urtheile derjenigen Staaten, welche die Vorschriften des dahier nicht gültigen Art. 14 code civil nicht zur Anwendung bringen, sogar gesetzlich verpflichtet sind und überdies in Gemäßheit der zwischen hiesiger Stadt und dem

Großherzogthum Hessen bestehenden Uebereinkunft, wonach die in den beiderseitigen Staatsgebieten, mit Einschluß von Rheinhessen, ergangenen Urtheile gegenseitig vollzogen werden sollen, somit die Bestimmungen der Art. 2123 und 2128 code civil und Art. 546 code de procédure den diesseitigen Gerichtsbehörden gegenüber nicht Platz greifen, auf Grund der hiernach bestehenden Reciprocität seither keinen Anstand genommen, rechtskräftige Erkenntnisse rheinhessischer Gerichte dahier zum Vollzug zu bringen.

Vgl. auch Urtheil d. Stadt-Ger. vom 8. April 1863 in Sachen Foell c. Hennigse.

Wenn der Beklagte

3) gegen den zur Sicherung des Streitgegenstandes von den Klägern gleichzeitig nachgesuchten und von dem Gerichte stattgegebenen Personalarrest geltend zu machen sucht, daß es an einer causa arresti in dem vorliegenden Falle mangle, so ist derselbe darauf zu verweisen, daß die Erfüllung einer judicatmäßigen Forderung offensichtlich aller Orten, somit auch dahier, dem derzeitigen Domicile des Beklagten, begehrt werden kann, hiernach aber der Fall des Art. 52 № 1 prov. P.-O. allerdings vorliegt.

Gegenüber der actenmäßigen Thatsache, daß Beklagter die Forderung der Kläger, des ergangenen Urtheils ungeachtet, zu Mainz nicht erfüllt, kann es umsomehr dahin gestellt bleiben, ob Mainz als locus solutionis ursprünglich unter den Partheien vereinbart worden war, als eine derartige Vereinbarung nach französischem Rechte für den Gerichtsstand einflußlos ist,

Zachariae l. c. Bd. II. § 319. not. 10.

und nach gemeinem Rechte die fora domicilii und contractus mit einander concurriren.

Daß gegen den Beklagten sofort Personalarrest erkannt worden ist, kann demselben nicht zur Beschwerde gereichen, da es nach dem allein maßgebenden hiesigen Proceßrecht lediglich von dem Ermessen des Gläubigers abhängt, ob er zur Sicherung des Streitgegenstandes sich des Mittels des Per-

sonal- oder Real-Arrestes bedienen will, während die hieraus unverkennbar entstehende Härte für den Schuldner durch die Bestimmung des Art. 61 ib., wonach jeder Arrest gegen genügende Sicherheitsleistung aufgehoben werden muß, gemindert wird.

Der von dem Beklagten in Bezug genommene Ausspruch des O.-A.-Gerichts zu Lübeck in S. Reuttinger c. Adam von Würtemberg

Roemersche Samml. Bd. II. S. 362,

findet auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, da der Beklagte einen auf Umwandlung des Personalarrestes in Realarrest hinzielenden Antrag überall nicht gestellt hat.

4) Bei der Beurtheilung der von dem Beklagten gegen das Mandat eventuell erhobenen Einreden ist davon auszugehen, daß der angestellten actio judicati gegenüber überhaupt nur solche Einreden geltend gemacht werden können, welche nach dem zu Mainz ergangenen obergerichtlichen Urtheile entstanden sind und sofort liquid gestellt werden.

Wetzell, System S. 446.
Seuffert, Pandekten Bd. II. S. 144.

Der Einwand der Rechtshängigkeit, darauf gestützt, daß die dermaligen Kläger die eingeklagte Forderung bereits bei dem Landgerichte zu Coblenz widerklagend geltend gemacht, erscheint schon wegen Mangels der erforderlichen Liquidität hinfällig. Er ist aber auch durch den Inhalt des von den Klägern überreichten Urtheils des Appellations-Gerichtshofs zu Cöln [23] act. widerlegt, indem aus demselben hervorgeht, daß die Wachterschen Eheleute eine Widerklage bezüglich der vorliegenden Forderung zu Coblenz gar nicht angestellt haben.

Richtig ist dagegen, daß dem dermaligen Beklagten in jenem Rechtsstreite die Einrede der Compensation auf Grund der vorliegend eingeklagten Forderung opponirt wurde. Es kann indessen die Frage, ob auf eine — zumal vor einem rheinpreußischen Gerichte — vorgebrachte Einrede dahier der Einwand der Litispendenz gebaut werden könne, füglich auf sich beruhen, da der Beklagte mit dem erhobenen Anspruch, wie

gleichfalls aus [23] act. hervorgeht, rechtskräftig abgewiesen worden ist.

Die von demselben weiter eingewandten Einreden der Compensation, der Zahlung und der Zuvielforderung, von welchen die letztere darauf gestützt worden ist, daß der Ehefrau des Beklagten die lebenslängliche Nutznießung an der Hälfte des eingeklagten Betrags zustehe, können, abgesehen von der mangelnden Liquidität, der vorliegenden Klage gegenüber nicht geltend gemacht werden, da die diesen Einwendungen angeblich zu Grunde liegenden Thatsachen bereits vor Erlaß der zu Mainz ergangenen Urtheile bestanden und von dem Beklagten gleichwohl in dem dortigen Verfahren nicht geltend gemacht worden sind.

Der Beklagte hat schließlich die Einrede der Theilung erhoben, indem er als Mitvormund nur für die Hälfte der Schuld aufzukommen habe, die andere Hälfte dagegen seine nicht in Streit befangene Ehefrau, die Vormünderin der Ehefrau Wachter, treffe.

Actenmäßig ist, daß die Forderung der Kläger das väterliche Vermögen der Wachterschen Ehefrau, welches seither unter vormundschaftlicher Verwaltung der Beckerschen Eheleute gestanden, zum Gegenstand hat. Darüber, daß über den Umfang der zu Mainz übernommenen vormundschaftlichen Verpflichtungen, insbesondere über die Haftung des Beklagten aus seiner Verwaltung nur das rheinhessische Recht zu entscheiden hat, kann kein Zweifel sein.

Nun enthält aber der code civil Art. 396 die Bestimmung, daß der seiner Ehefrau als Mitvormund beigeordnete Stiefvater für die geführte Verwaltung solidarisch verantwortlich sei, und Art. 1203 code civil verfügt ausdrücklich, daß bei einer solidarischen Verbindlichkeit die Einrede der Theilung ausgeschlossen sei;

Thibaut, französisches Civilrecht S. 72,

die erhobene Einrede ist daher gleichfalls zu verwerfen. — —

Auf Appellation des Beklagten erkannte das Appellationsgericht unterm 31. Juli 1863, daß das stadtgerichtliche Er-

kenntniß zwar im übrigen zu bestätigen, jedoch der erkannte Arrest wieder aufzuheben sei und Kläger die durch den Arrest verursachten Schäden und Kosten dem Beklagten zu ersetzen hätten.

Aus den Gründen ist hervorzuheben:

Die Beschwerde des Appellanten geht dahin:

daß die in der Vernehmlassung und deren Nachtrag vorgebrachten Einwendungen gegen die Proceßform und quoad merita causae verworfen worden sind und nicht vielmehr lediglich nach den in erster Instanz von dem Impetraten formulirten Anträgen erkannt wurde.

Hinsichtlich dieser Beschwerde kommt Folgendes in Betracht: Der Beklagte hat gegen das vom Stadtgericht am 15. Octbr. 1862 erlassene unbedingte Mandat:

1) den Einwand erhoben, daß es erschlichen und unstatthaft nachgesucht worden sei; die Kläger hätten einen zum unbedingten Mandatsproceß geeigneten Rechtstitel nicht, und liege eine zur Vollstreckung in Frankfurt geeignete res judicata nicht vor.

— — — — — — — — — — — —

Dieser Einwand kann für begründet nicht erachtet werden. Zu seiner Widerlegung kann im Wesentlichen auf die zutreffenden Entscheidungsgründe zum stadtgerichtlichen Erkenntniß vom 17. Juni l. J. verwiesen werden.

— — — — — — — — — — — —

Ebenso unbegründet ist

2) der Einwand, daß der erhobenen Klage auch aus dem Gesichtspunkt der Retorsion keine Folge hätte gegeben werden sollen. Schon seit dem Jahr 1841 besteht zwischen der freien Stadt Frankfurt und dem Großherzogthum Hessen der Grundsatz gegenseitiger Rechtshülfe in Kraft und werden die in den beiderseitigen Staatsgebieten ergangenen Urtheile gegenseitig vollzogen.

Vgl. auch Bender, Civilproceß S. 222.

Eine Ausnahme bestand nur hinsichtlich der Provocatio ex lege diffamari, aber auch diese Ausnahme ist nach einer

den hiesigen Gerichten durch Senatsbeschluß vom 21. Novbr. 1862 gemachten Mittheilung in Gemäßheit einer zwischen den genannten Staaten erzielten Verständigung hinweggefallen, so daß die Rechtshülfe, welche sich beide Staaten gewähren, jetzt eine ganz unbeschränkte ist.

3) Der Beklagte hat gegen das Mandat eventuell mehrere Einreden vorgeschützt, nemlich

A. die Einrede der Rechtshängigkeit, indem die dermaligen Kläger die eingeklagte Forderung bereits bei dem Landgericht zu Coblenz widerklagend geltend gemacht hätten;

B. die Einrede der Compensation, indem das Landgericht Coblenz bereits eine Forderung des dortigen Klägers und dermaligen Beklagten von fl. 640 — als gegründet erkannt habe.

C. Die Einrede der Zahlung; — — — — —

D. Die Einrede der Zuvielforderung, welche darauf gegründet wird, daß der Ehefrau des Beklagten die lebenslängliche Nutznießung an der Hälfte des eingeklagten Betrags zustehe.

Das Stadtgericht hat mit Recht hervorgehoben, es sei bei Beurtheilung dieser Einreden davon auszugehen, daß der angestellten actio judicati gegenüber überhaupt nur solche Einreden geltend gemacht werden können, welche nach dem in Mainz ergangenen obergerichtlichen Urtheil entstanden sind und sofort liquid gestellt worden.

Vgl. Wetzell, System S. 446.
Bayer, Civilproceß S. 126.
Erkenntniß des O.-A.-Gerichts vom 17. Januar 1865 in S. Küstner c. Itzel.

Was nun die Einrede der Rechtshängigkeit betrifft, so ergiebt sich, abgesehen davon, daß dieselbe wegen Mangels der erforderlichen Liquidation verwerflich erscheint, aus dem Urtheil des Appellationsgerichts zu Cöln vom 29. Juli 1862, daß die Behauptung des Beklagten, wonach die Kläger die jetzt von ihnen eingeklagte Forderung bei dem Landgericht zu Coblenz geltend gemacht haben sollen, unrichtig ist. Nach dem gedachten appellationsgerichtlichen Urtheil hat der jetzige Beklagte von den dermaligen Klägern die Zahlung von 3061 fl. 54 kr. abzüglich der jetzt eingeklagten von den letzte-

ren compensationsweise geltend gemachten 1796 fl. 29 kr., also die Zahlung von 1265 fl. 25 kr. verlangt. Da nun nach jenem Urtheil der Beklagte mit seinem Anspruch rechtskräftig abgewiesen worden und somit die von ihm erhobene Klage vollständig erledigt ist, so kann natürlich von einer Rechtshängigkeit der gegenwärtig eingeklagten Forderung von 1796 fl. 29 kr. bei den erwähnten rheinpreußischen Gerichten nicht weiter die Rede sein.

Die Einreden der Compensation, der Zahlung und der Zuvielforderung aber sind unstatthaft, da sie einestheils illiquid sind und anderntheils die Thatsachen, auf welche sie sich angeblich gründen, schon vor Erlaß der in Mainz ergangenen Urtheile bestanden haben und dennoch nicht von dem Beklagten in dem dortigen Verfahren geltend gemacht wurden.

— — — — — — — — — — — —

Der Beklagte hat ferner noch die Einrede der Theilung erhoben, diese Einrede ist aber aus den im angefochtenen Erkenntniß entwickelten Gründen mit Recht verworfen worden.

4) Der Beklagte hat gegen den zur Sicherung des Streitgegenstandes von den Klägern nachgesuchten und von dem Stadtgericht erkannten Personalarrest den Einwand erhoben, daß es an dem im Art. 52 № 1 der Proceßordnung aufgestellten Erfordernisse für Arreste Fremder gegen Fremde fehle.

Dieser Einwand ist begründet.

Die von den Klägern gegen den Beklagten eingeklagte Forderung besteht weder in Eigenthumsansprüchen auf dahier befindliche Gegenstände, noch ist sie aus einer dahier geführten Verwaltung oder aus einem dahier geschlossenen Contract entsprungen, noch hat sie eine Verbindlichkeit zum Gegenstand, deren Erfüllung dahier geschehen soll oder deren Erfüllung aller Orten begehrt werden kann.

Fehlt es aber an dem im Art. 52 № 1 aufgestellten Erfordernisse für Arreste Fremder gegen Fremde in dem vorliegenden Fall, so muß der von dem Stadtgericht durch das Decret vom 15. Octbr. 1862 gegen den Beklagten erkannte und durch das Decret vom 20. Octbr. 1862 erneuerte Per-

sonalarrest wieder aufgehoben, demgemäß die für den Beklagten geleistete Bürgschaft für erloschen erklärt und die Rückgabe der zu den Acten überreichten Bürgschaftsurkunde verordnet werden.

Dagegen kann die Aufhebung des erkannten Arrestes nicht die Folge haben, daß die erhobene Klage wegen Unzuständigkeit der hiesigen Gerichte zurückgewiesen werden muß, indem der hiesige Gerichtsstand für diese Klage schon durch den Wohnsitz, den der Beklagte zur Zeit ihrer Anstellung dahier hatte, begründet ist.

— — — — — — — — — — — —

Auf Appellation beider Theile erging das Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 15. Mai 1865:

Daß das Erkenntniß des Appellationsgerichts dahin abzuändern sei, daß Beklagter verurtheilt werde, an die Kläger die Hälfte der eingeklagten Posten, mithin 898 fl. 14½ kr. nebst Zinsen zu 5 Procent seit dem 18. März 1855 und 61 fl. 17 kr., zu bezahlen, wobei rücksichtlich der anderen Hälfte den Klägern ihr Anspruch wider die Ehefrau des Beklagten Maria Josephine geb. Hagemann vorbehalten bleibe.

Die Kosten rc.

Entscheidungsgründe.

I. Anlangend die Beschwerden der Kläger in jetziger Instanz, welche gegen die durch das Erkenntniß des Appellationsgerichts verfügte Aufhebung des vom Stadtgerichte wider den Beklagten angeordneten Personalarrestes gerichtet worden, so vermeinen Kläger mit Unrecht, daß Beklagter in zweiter Instanz die Rechtsbeständigkeit des Arrestes nicht angefochten habe. Denn Beklagter wiederholte mittelst der ersten Beschwerde in zweiter Instanz, welche insbesondere auch dahin ging, daß nicht lediglich nach seinen in erster Instanz formulirten Anträgen erkannt worden, den von ihm in erster Instanz gestellten Antrag, die arrestatorische Verfügung unter Verurtheilung der Kläger in die Schäden und Kosten aufzuheben, und war daher das Appellationsgericht befugt, die Arrestfrage seiner Cognition zu unterziehen.

Es war aber die vom Appellationsgerichte erkannte Aufhebung des Arrestes unter Verwerfung der klägerischen Beschwerden zu bestätigen.

Sollte nemlich Beklagter, welcher nach der übereinstimmenden Angabe beider Parteien zur Zeit der Klaganstellung sein Domicil in Frankfurt hatte, hinsichtlich der Zulässigkeit eines Arrestes nicht als Fremder, sondern als Frankfurter angesehen werden können, so haben es Kläger selbst an der Behauptung eines Arrestgrundes ermangeln lassen. Hat aber, wovon die vorigen Richter ausgehen, Beklagter als Ausländer durch sein Domicil in Frankfurt die Eigenschaft eines Fremden nicht verloren, so würde eine Arrestverfügung wider ihn in Gemäßheit des Art. 52 der interimistischen Proceßordnung vom 3. Febr. 1820 *) allerdings begründet sein, wenn mit den Klägern und dem Stadtgerichte anzunehmen wäre, daß die obligatio ex judicato, auf welche allein die Kläger ihren Anspruch haben stützen wollen, eine Verbindlichkeit sei, deren Erfüllung im Sinne des Art. 52 cit. „aller Orten," mithin auch im Domicil des Beklagten begehrt werden könne. Diese Annahme aber ist unstatthaft. Denn wenn auch die actio judicati im jeweiligen Domicil des Verurtheilten angestellt werden kann, so folgt daraus noch nicht, daß auch, wenn das Domicil des Beklagten nicht Frankfurt gewesen wäre, eine actio judicati an diesem Orte wider ihn hätte erhoben werden können, falls er sich daselbst betreffen ließ, oder ihm gehörige Vermögensgegenstände sich

*) Der Art. 52 cit. lautet: Ein mit liegenden Gründen dahier nicht angesessener Fremder kann gegen einen Fremden gleicher Art auf seine Kosten und Gefahr einen Realarrest oder Personalarrest nachsuchen, wenn nachfolgende Erfordernisse in seinem Gesuche sich vereint finden. Es muß nemlich 1) die Forderung selbst entweder in Eigenthumsansprüchen auf dahier befindliche Gegenstände bestehen, oder sie muß aus einer dahier d. i. in hiesiger Stadt und deren Gebiet geführten Verwaltung oder aus einem dahier geschlossenen Contract entspringen, oder Verbindlichkeiten zum Gegenstande haben, deren Erfüllung dahier geschehen soll, oder deren Erfüllung aller Orten begehrt werden kann. Es muß außerdem 2) rc.

daselbst befanden. Ebensowenig läßt sich behaupten, daß, weil die Mainzer Urtheile, aus denen geklagt worden, einen bestimmten Zahlungsort nicht enthalten, der Wohnort des Schuldners der Erfüllungsort sei. Denn der Art. 52 cit. setzt gerade voraus, daß die Forderung, hinsichtlich deren ein Arrest beantragt werden darf, sich auf eine Verbindlichkeit beziehe, als deren Erfüllungsort schon bei der Entstehung der obligatio Frankfurt festgestellt worden, entweder speciell oder durch die hinzugefügte Clausel „aller Orten" oder eine gleichbedeutende Clausel, welche in ihrem allgemeinen Ausdruck auch Frankfurt als Zahlungsort in sich begreift. Hiernach begründet das Judicat, dem eine solche Clausel gänzlich abgeht, keine Verbindlichkeit, welche „aller Orten" zu erfüllen ist, wie auch nach Frankfurt unter andern erkannt worden in Sachen Cohen c. Mielle (31. Jan. 1825), und fehlt es im vorliegenden Falle an einer causa arresti.

II. Der Beklagte hat in seinen Beschwerden gegenwärtiger Instanz seine sämmtlichen in erster Instanz gestellten Anträge aufrecht erhalten, und damit insbesondere auch die gänzliche Abweisung der erhobenen Klage begehrt.

1) Die Kläger gründen ihre Klage lediglich auf eine von den Mainzer Gerichten wider den Beklagten und seine Ehefrau ergangene rechtskräftige Entscheidung und weisen in Veranlassung der Einwendungen des Beklagten die Begründung ihres Anspruchs aus dem über den Nachlaß des Handelsmanns Hagemann aufgenommenen Abtheilungsstatus vom 6. Septbr. 1842 mit Bestimmtheit zurück, indem sie hervorheben, daß es auf den Abtheilungsstatus nicht mehr ankomme, sondern auf die Mainzer Urtheile, welche die Basis der von ihnen in Frankfurt angestellten actio judicati seien.

Beklagter bestreitet zwar, daß eine res judicata vorhanden sei, aber ohne Grund. Denn wenn es auch richtig ist, daß aus dem Zahlungsbefehl eines Gerichtsvollziehers, den derselbe nach französischem Rechte aus einer s. g. executorischen Urkunde erläßt, nur die Fortsetzung der Execution in den Formen des französischen Processes folgen, diese Execu-

tion aber nicht als die Vollstreckung eines gerichtlichen Urtheils angesehen werden kann, so ist es doch eben so unbestreitbar, daß wenn in Folge von Einsprachen gegen einen solchen Zahlbefehl, welche nicht bloß gegen die Formen der Procedur, sondern gegen den fraglichen Anspruch als solchen gerichtet sind, das unter den Parteien streitige Rechtsverhältniß selbst der gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung unterstellt wird, für die Erwirkung der weiteren Vollstreckung nicht mehr der frühere Zahlbefehl, sondern die gerichtliche Entscheidung als nunmehrige res judicata allein maßgebend ist. Sei es daß dieselbe den Inhalt des Zahlbefehls vollständig bestätigt oder theilweise modificirt, immer handelt es sich für die Fortsetzung des Verfahrens nicht mehr um den früheren Zahlbefehl, sondern um das spätere Judicat.

Beklagter ist nun nicht zu behaupten im Stande gewesen, daß die gegen den Zahlbefehl des Gerichtsvollziehers Simon vom 15. Octbr. 1861 erhobenen Einsprachen nur die Form des Executionsverfahrens zum Gegenstande hatten; vielmehr ergiebt sich aus den zu den Acten gebrachten Mainzer Urtheilen, daß diese Einsprachen die Sache selbst (das Rechtsverhältniß aus dem Theilungsstatus von 1842) betrafen. Aber Beklagter, welcher übrigens nicht in Abrede zu stellen vermag, daß die Mainzer Urtheile hinsichtlich der entstandenen, von den Klägern miteingeklagten Proceßkosten eine res judicata enthalten, sucht auszuführen, daß die gerichtliche Entscheidung in Folge von oppositions gegen das commandement eines Gerichtsvollziehers sich bloß auf diese Einsprachen beziehe, und gelangt zu dem auffallenden Resultate, daß wenn aus einer executorischen Urkunde ein Zahlbefehl des Gerichtsvollziehers erwirkt werde, der Gläubiger niemals zu einer res judicata über das fragliche Rechtsverhältniß gelangen könne. Indessen bedarf es eines speciellen Eingehens auf die bezüglichen Deductionen des Beklagten und einer Widerlegung derselben im Einzelnen nicht, da die Mainzer Urtheile vom 11./14. März 1863 und 3./19. Decbr. 1863 bezeugen, daß durch die Urtheile, auf welche die Klage gestützt worden,

chose jugée vorliege, und daß dieselben sowohl die Existenz als auch den Betrag der jetzt eingeklagten Forderungen zum Gegenstande gehabt haben, und wird in [30] act. O.-A.-G. mit Grund darauf hingewiesen, die Beckerschen Eheleute hätten vor dem Bezirksgerichte in Mainz die Existenz der klägerischen Forderung anerkannt, womit auch der dispositive Theil des betreffenden Urtheils übereinstimme, und nur wegen des Betrags der geschuldeten Zinsen eine Appellbeschwerde erhoben, woraus folge, daß über die Hauptforderung keine Contestation mehr bestanden habe. Ist aber vom Mainzer Bezirksgerichte auf die Vollstreckung des von ihm erlassenen Urtheils erkannt, und dieses Urtheil, welches die Vollstreckung der Verfolgung (des Zahlbefehls) für den ganzen geforderten Betrag an Capital und Zinsen verordnet hatte, vom Mainzer Obergerichte hinsichtlich des Capitals bestätigt, hinsichtlich der Zinsen theilweise reformirt worden, so ist auch nach dem vom Beklagten in [34] act. des Stadtgerichts eingereichten Erachten chose jugée hinsichtlich dieser Punkte vorhanden, damit aber, da Beklagter die chose jugée hinsichtlich der Proceßkosten selbst einräumt, ein Judicat über alle zur Frage kommenden Punkte nachgewiesen.

Da nun auch Beklagter nicht bestritten hat, daß die Mainzer Gerichte für die Sache zuständig waren, da ferner feststeht, daß der Antrag des Beklagten auf Cassation des Obergerichtsurtheils vom 12. Juni 1862 verworfen worden, mithin vorliegt, daß von den zuständigen Gerichten in gesetzlicher Form des Verfahrens bis zu einem rechtskräftigen Urtheil fortgeschritten worden, dessen Anfechtung überall nicht mehr möglich ist, so ist die aus diesem Urtheil angestellte actio judicati für begründet zu erachten und bedarf es kaum noch einer Hinweisung darauf, daß es für die actio judicati gleichgültig ist, ob die res judicata, deren Vollstreckung mit derselben begehrt wird, aus einem Verfahren im ordentlichen Processe oder, wie hier, aus einem Verfahren in einer anderen, wenn auch dem Frankfurter Rechte unbekannten Proceßart hervorgegangen ist.

2) Der Einwendung des Beklagten, Mainzer Urtheile seien in Frankfurt nicht vollstreckbar, weil dieselben im Gebiete des französischen Rechts erlassen seien, steht entgegen, daß, wenn auch nicht die Vollstreckung im Wege der gerichtlichen Requisition, so doch eine Klage aus solchen Urtheilen auch außerhalb des Gebietes des französischen Rechts zulässig erscheint, wenn, wie im gegenwärtigen Falle, die Competenz des Gerichts, die Gültigkeit des Verfahrens und die Rechtskraft des Erkenntnisses nicht beanstandet sind, wie das Ober-App.-Gericht unter andern in Sachen Feist c. Cordier Erben (29. März 1828) und Delamme Erben c. Bolongaro Erben (30. Juni 1843) anerkannt hat. In dem in Römer's Sammlung Bd. III. pag. 662 seq. referirten Falle aber fehlte es an den obigen Erfordernissen gänzlich, da die Klage auf ein von einem nach Frankfurter Rechte incompetenten Gerichte erlassenes Contumacial-Erkenntniß gegründet wurde, gegen welches noch Rechtsmittel mit Suspensiveffect zulässig waren. Entscheidend gegen den Beklagten ist übrigens schon die vom Appellationsgericht bezeugte Thatsache, daß zwischen der Stadt Frankfurt und dem Großherzogthum Hessen-Darmstadt der Grundsatz gegenseitiger Rechtshülfe jetzt ohne alle Beschränkung anerkannt ist und die in den beiderseitigen Staatsgebieten ergangenen Urtheile gegenseitig vollzogen werden, so daß die Mainzer Urtheile selbst im Wege der gerichtlichen Requisition hätten zur Vollstreckung gebracht werden können.

3) Ist nach dem Ausgeführten eine actio judicati aus den Mainzer Urtheilen vollkommen zu begründen, so fragt es sich, was diese Urtheile wider den jetzigen mit der actio judicati belangten Beklagten erkannt haben.

Nach Ausweis der amtlichen Ausfertigungen der Mainzer Urtheile in [5], [6], [7] und [8] act. des Stadtgerichts sind der Rentier Becker (der jetzige Beklagte) und seine Ehefrau geb. Hagemann verurtheilt worden, an die Posterpeditor Wachterschen Eheleute (die jetzigen Kläger) zu zahlen: 1796 fl. 29 kr. nebst Zinsen zu 5 % seit dem 18. März 1855 und Kosten, welche letztere durch das in dieser Beziehung von den

Parteien nicht angefochtene stadtgerichtliche Erkenntniß vom 17. Juni 1863 auf 122 fl. 34 kr. festgestellt worden. Die jetzige Klage aus diesen Urtheilen aber ist gegen den Ehemann Becker allein auf des Ganze gerichtet.

Da Beklagter schon in den Exceptionalen darzulegen versucht hat, es sei überhaupt keine Verurtheilung gegen ihn ausgesprochen, sondern es handele sich nur um die Fortsetzung des gegen ihn und seine Ehefrau aus dem Zahlbefehle des Gerichtsvollziehers Simon eröffneten Verfahrens und bei dieser Behauptung auch in jetziger Instanz geblieben ist, so liegt, auch abgesehen von der allerdings unzutreffenden exceptio divisionis des Beklagten, ein Anerkenntniß des letzteren nicht vor, daß er verpflichtet sei, das ganze Libellat c. a. allein zu zahlen, und es war daher, ohne daß es eines speciellen Antrags des Beklagten in dieser Beziehung bedurfte, ex officio zu prüfen, ob aus den beigebrachten Mainzer Urtheilen die actio judicati gegen den Ehemann Becker allein in solidum statthaft ist. Dieses ist zunächst hinsichtlich der mit der actio judicati geforderten Mainzer Proceßkosten unbedenklich zu verneinen. Denn die Mainzer Urtheile condemniren die Beckerschen Ehegatten nur zusammen in die Proceßkosten, ohne denselben eine solidarische Verpflichtung in dieser Beziehung aufzulegen, und es ist unzweifelhaft, daß mehrere Litisconsorten, auch wenn sie für das Streitobject selbst als Solidarschuldner in Betracht kommen, dem Gegner für die Proceßkosten nur dann solidarisch haften, wenn das Urtheil dieses ausdrücklich vorschreibt. Daran fehlt es hier aber und hat daher der jetzt allein verklagte Ehemann in Gemäßheit der Mainzer-Urtheile den Klägern nur die Hälfte der dortigen Kosten zu erstatten.

Anlangend das in den Mainzer Urtheilen den Klägern zugesprochene Libellat nebst Zinsen, so wird die Behauptung der Kläger, die Verurtheilung der Beckerschen Eheleute sei eine solidarische, durch die Fassung der Urtheile nicht bestätigt und von den Klägern selbst nicht sowohl aus den Urtheilen als daraus zu begründen versucht, daß nach Art. 396 des

Code civil der Beklagte als Mitvormund der Ehefrau Wachter in solidum zu haften habe. Auch das Appellationsgericht hält es ohne nähere Motivirung für zutreffend, daß die actio judicati gegen den Beklagten als solidarischen Mitschuldner aus der geführten Vormundschaftsverwaltung auf das Ganze angestellt worden, und das Stadtgericht kommt zu demselben Resultate, weil schon der Zahlbefehl vom 15. Octbr. 1861 den Beckerschen Eheleuten als Solidarschuldnern die Zahlung der 1796 fl. 29 kr. nebst Zinsen aufgegeben habe.

Das letztere ist nicht richtig. Denn der Zahlbefehl vom 15. Octbr. 1861 ist an beide Beckerschen Eheleute gerichtet, ohne des Verhältnisses, daß jeder der Ehegatten in solidum verpflichtet sei, Erwähnung zu thun. Eine solche Erwähnung findet sich nur in der dem Zahlbefehl voraufgegangenen Signification vom 7. Febr. 1861, durch welche den Beckerschen Eheleuten der Theilungsstatus vom 6. Septbr. 1842 zugestellt wurde („dem Ehemann Becker handelnd im eigenen Namen und als solidarischer Mitschuldner").

Nun hätte es zwar den Wachterschen Eheleuten zugestanden, aus den fraglichen Urkunden einen Zahlbefehl gegen die Beckerschen Ehegatten dahin auszubringen, daß jedem derselben aufgegeben werde, das Ganze zu zahlen, und würde, wenn sie diesen Weg gewählt hätten, das Judicat, welches im weiteren Verlaufe der Sache nach der von den Beckerschen Eheleuten eingewendeten Opposition erfolgte, soweit es den Zahlbefehl bestätigte, gerade so wie dieser den Ehemann Becker und seine Ehefrau auf das Ganze verpflichtet haben, also auch die jetzige actio judicati gegen den Ehemann Becker in solidum haben gerichtet werden können.

Aber die Beckerschen Eheleute haben, wie sich aus dem Inhalte des Zahlbefehls und der Mainzer Urtheile ergiebt, den Antrag, jedem der Beckerschen Ehegatten die Zahlung in solidum aufzugeben, so wenig bei dem Gerichtsvollzieher Simon als später bei den Mainzer Gerichten gestellt, sie haben nur einen Zahlbefehl und demnächst eine Verurtheilung gegen die Beckerschen Eheleute zusammen erwirkt, und hatten

die Richter gar nicht die Befugniß, die beiden zugleich belangten solidarisch verpflichteten Schuldner ex officio auch in solidum zu verurtheilen, was nach französischem Rechte feststeht

vgl. Devilleneuve, recueil général des lois et des arrêts, 3. volume pag. 559

und auch nach gemeinem Rechte nicht zu bezweifeln ist.

Vgl. L. 1. C. si plures (7. 55.)

Da somit die Verurtheilung der Beckerschen Ehegatten ohne den Beisatz erfolgte, daß sie solidarisch verpflichtet seien, das Judicat zu zahlen, so konnte die actio judicati gegen den neben seiner Ehefrau verurtheilten Ehemann Becker nur auf die Hälfte des Judicats gerichtet werden, auf die solidarische Verpflichtung der Beckerschen Ehegatten aus der Vormundschaftsverwaltung aber durfte wegen des dazwischen ergangenen der Klage zur alleinigen Grundlage dienenden Judicats nicht zurückgegangen werden.

III. Ist nach dem Dargelegten die angestellte actio judicati allerdings, wenn auch nur auf die Hälfte der eingeklagten Beträge begründet, so ist nunmehr auf die Beurtheilung der vom Beklagten eventuell vorgeschützten Einreden einzugehen.

Hiebei entsteht die Frage, ob nicht diese sämmtlichen Einreden aus dem formellen Grunde zu verwerfen seien, weil Beklagter dieselben nur gegen die seiner Meinung nach allein statthafte Klage aus dem Theilungsstatus, nicht aber gegen die wirklich angestellte actio judicati habe vorschützen wollen, wie aus dem von ihm in [18] act. des Stadtgerichts pag. 40 und 41 gestellten Schlußantrage hervorzugehen scheint, wo er diese Einreden nur eventuell vorbehält. Aber da dieselben von ihm in [18] act. (pag. 32) doch schon event. geltend gemacht worden (vgl. auch [20] ibid. pag. 3 und 4) und die Kläger sich in diesem Sinne auf die Einreden eingelassen haben, so wird eine Beurtheilung derselben auch in gegenwärtiger Instanz nicht zurückzuweisen sein.

Es sind aber diese sämmtlichen Einreden theils als unbegründet, theils als der actio judicati gegenüber unstatthaft zu verwerfen.

1) Die exceptio litis pendentis ist bereits in dem Mainzer Verfahren, welches dem zur Vollstreckung stehenden Urtheile voraufging, vorgeschützt und verworfen worden, daher formell unstatthaft. Bei dieser Verwerfung muß es auch jetzt verbleiben, wiewohl Beklagter seine Behauptung, es sei wider ihn wegen desselben jetzt in Frankfurt verfolgten Anspruchs bereits eine Widerklage in Coblenz erhoben worden, jetzt näher nachgewiesen hat, während diese Behauptung durch die in Mainz beigebrachten Coblenzer Verhandlungen und die in erster Instanz zu den Acten gekommenen Coblenzer und Cölner Urtheile vom 17. Januar und 29. Juli 1862 in keiner Weise unterstützt wurde, abgesehen davon, daß es in dem fraglichen Coblenzer Processe wegen Abweisung der von Becker wider die Wachterschen Eheleute erhobenen Klage nicht einmal zur Compensation mit den jetzt eingeklagten Ansprüchen der Wachterschen Eheleute gekommen ist. Aber beide Theile (der Beklagte in den früheren Instanzen, die Kläger auch noch in der gegenwärtigen Instanz) haben unbeachtet gelassen, daß außer der so eben erwähnten Proceßsache Becker (der jetzige Beklagte) in Coblenz noch eine andere Klage gegen den jetzigen Mitkläger Wachter auf einen demnächst incl. der Zinsen bis zum 27. Decbr. 1861 festgestellten Betrag von 602 ℛ︀ 25 sgr. 7 ₰ erhoben hat. Gegen diese Klage ist Wachter bereits am 27. Decbr. 1861 allerdings mit einer Widerklage aufgetreten und ist mit derselben bis zum Betrage von 1106 ℛ︀ 13 sgr. 2 ₰ in erster Instanz durchgedrungen, indem Becker verurtheilt wurde, an Wachter — nach Abzug der Beckerschen Forderung von 602 ℛ︀ 25 sgr 7 ₰ und eines noch zu erledigenden Postens von 10 fl. 30. kr. — die Summe von ℛ︀ 497 17 sgr. 7 ₰ mit Zinsen seit dem 27. Decbr. 1861 herauszuzahlen. Unter den von Wachter hier widerklagend geforderten Beträgen ist auch der ganze väterliche Erbtheil seiner Ehefrau von 1796 fl. 29 kr. mit eingeklagt und ihm mit 1026 ℛ︀ 16 sgr. 9 ₰ zugesprochen.

Durch das betreffende vom Beklagten in [6] act. des O.-A.-Gerichts beigebrachte Coblenzer Urtheil vom 2. Juli

1863 ist nun zwar — was der am 15. October 1862 in Frankfurt erhobenen actio judicati gegenüber freilich schon in erster Instanz hätte geschehen sollen — bescheinigt, daß der Mitkläger Ehemann Wachter am 27. Decbr. 1861 eine Klage auf denselben Capitalbetrag, den die Wachterschen Eheleute bereits in Mainz (mittelst des Zahlbefehls vom 15. October 1861 und demnächst vor den dortigen Gerichten) gefordert hatten, angestellt hat. Aber gegen die jetzige actio judicati kann sich der Beklagte überall nicht schon darauf berufen, daß Kläger dieselben Ansprüche inzwischen auch anderweitig mittelst Klage verfolge, sondern nur darauf, daß Kläger in dem anderweitigen Processe das ganz oder theilweise durchgesetzt habe, dessen Erfüllung er mit der Judicatsklage, in diesem Falle also zum zweiten Male begehrt. Beklagter hat dieses nicht zu behaupten vermocht, im Gegentheile selbst die Anfechtung des Coblenzer Urtheils vom 2. Juli 1863 sich vorbehalten, so daß über die widerklagend von Wachter geltend gemachten Ansprüche eine rechtskräftige Entscheidung noch nicht vorliegt.

Daraus folgt von selbst die Unstatthaftigkeit der bezüglichen Einrede. Jedoch ist darauf hinzuweisen, daß selbstverständlich Kläger sich auf den jetzt in Frankfurt eingeklagten väterlichen Erbtheil der Wachterschen Ehefrau c. a. das müssen anrechnen lassen, was sie in Folge des Coblenzer Verfahrens auf denselben inzwischen etwa empfangen haben, wobei indessen zu beachten ist, daß das Mainzer Urtheil die Beklagten zur Erstattung von Proceßkosten verpflichtet und die Zinsverbindlichkeit der Beklagten seit dem 18. März 1855 anerkennt, während das Coblenzer Urtheil dieselbe erst seit dem 27. Decbr. 1861 beginnen läßt, so daß den Klägern in Mainz mehr zugesprochen worden, als Wachter, soviel bis jetzt vorliegt, in erster Instanz in Coblenz erreicht hat.

2) Die vom Beklagten ferner vorgeschützten exceptiones compensationis, solutionis et novationis privativae sind theils wegen ihrer Illiquidität, theils deshalb zu verwerfen, weil sie auf Thatsachen gegründet werden, welche bereits vor

dem Mainzer Urtheile, um dessen Vollstreckung es sich handelt, existent waren, und ist

3) weiter als präcludirt nicht zu beachten die Einrede, daß nach dem Theilungsstatus vom 6. Septbr. 1842 der Ehefrau des Beklagten an der Hälfte des väterlichen Erbtheils der Wachterschen Ehefrau der lebenslängliche Zinsgenuß zustehe. Diese durch den Theilungsstatus allerdings bescheinigte Einrede würde, wenn auch nicht hinsichtlich der Capitalforderung, so doch hinsichtlich eines Theils der Zinsenforderung wahrscheinlich, wenn sie im Mainzer Verfahren rechtzeitig vorgeschützt wäre, eine angemessene Berücksichtigung gefunden haben. Aber da diese Vorschützung dort verabsäumt worden, so ist eine nachträgliche Geltendmachung derselben wegen der dazwischen liegenden res judicata nicht mehr thunlich, wie auch die auf die zweite Opposition der Beckerschen Eheleute ergangenen Mainzer Urtheile vom 11./14. März 1863 und 3./19. Decbr. 1863 bereits richtig hervorheben.

4) Die exceptio divisionis ist, auch abgesehen davon, daß die erhobene Klage sich nicht auf die Vormundschaftsverwaltung der Beckerschen Eheleute, sondern auf ein Judicat gründet, gänzlich unzutreffend, da in concreto unzweifelhaft die Vorschriften desjenigen Rechtsgebiets, in welchem die Vormundschaft entstanden ist, auch für den Umfang der Verpflichtungen der Vormünder maßgebend sein würden, also der art. 1203 des Code civil. der den solidarisch verpflichteten Schuldnern das beneficium divisionis versagt.

5) Wenn Beklagter ohne alle nähere Begründung seine Verpflichtung zur Zinszahlung in Abrede nimmt, so ist dies in Betracht der Mainzer Verhandlungen, welche gerade die Zinsverbindlichkeit speciell erörterten und entschieden, der actio judicati gegenüber geradezu unverständlich.

6) Der Vorbehalt endlich, den das übrigens zur Begründung der Klage nicht benutzte Mainzer Urtheil vom 11./14. März 1863 macht, „es bleibe den Beckerschen Eheleuten unbenommen, die behaupteten Compensationsansprüche in separato gegen die Wachterschen Eheleute geltend zu

machen," kann, da die Geltendmachung dieser Ansprüche im Wege einer Opposition gegen den Zahlbefehl verworfen worden, überall nur von einer Geltendmachung mittelst besonderer Klage verstanden werden.

IV. In Betreff der Kosten, welche durch die Verhandlungen über den von den Klägern beantragten Arrest entstanden sind, war die Entscheidung zweiter Instanz, die diese Kosten den Klägern allein auferlegt, zu bestätigen. Die übrigen Kosten der ersten Instanz hat der Beklagte zur Hälfte zu tragen, während die andere Hälfte dieser Kosten compensirt wird. Die Kosten der zweiten und dritten Instanz sind ebenfalls zu compensiren theils wegen des Wechsels der Entscheidungen, theils weil die reformatoria nicht auf die Ausführungen des Beklagten gestützt werden konnte.

---

37. Hamburg.

Brückner & Albers zu Hamburg, Kläger, wider **P. E. Hartenfels Söhne,** Beklagte, Forderung aus einem Zahlungsversprechen betreffend.

---

1) Eine Nichtigkeit des Verfahrens liegt nicht darin, daß der Richter das factische Vorbringen der Parteien unrichtig interpretirt, sondern nur ein Fehler in judicando.

2) Liegt in der Erklärung des Trassaten, welchem vom Notar ein Wechsel zur Annahme präsentirt wird: „es werde der Wechsel nicht acceptirt, bei Verfall jedoch eingelös't," ein den Erklärenden bindendes Zahlungsversprechen?

3) Der zur Vorzeigung eines Wechsels zwecks Annahme und zur eventuellen Protesterhebung requirirte Notar ist als Mandatar des Requirenten lediglich innerhalb der Grenzen der Requisition anzusehen.

4) Bedeutung der Aufnahme der Antwort des Trassaten in die Protesturkunde.

Rechtsfall. Brückner & Albers zu Hamburg ließen am 8. Mai 1863 bei P. E. Hartenfels Söhne daselbst durch den Notar Eduard Schramm einen Wechsel zur Annahme präsentiren, welchen im Betrage von 13,500 ℔ Bco. Schauffler Hartenfels & Comp. zu Buenos-Ayres unterm 27. März 1863, 90 Tage nach Sicht zahlbar an Brückner & Albers oder Ordre, auf P. E. Hartenfels Söhne gezogen hatten. Bei Gelegenheit der Präsentation erklärte nach der Protesturkunde der Commis der Trassaten Fröscher: „dieser Wechsel werde nicht acceptirt, bei Verfall jedoch eingelöset." Zu bemerken ist, daß Hartenfels (Firma P. E. Hartenfels Söhne) auch Theilhaber der Firma Schauffler Hartenfels & Comp. in Buenos-Ayres ist.

Am 6. August 1863 erklärten Hartenfels Söhne in einem Schreiben an Brückner & Albers, daß sie den fraglichen Wechsel nicht einlösen könnten, weil die erwarteten Rimessen ihnen nicht geworden, sie hätten die Gewißheit, daß, wenn die nächste Post abgewartet würde, die Rimessen dafür wohl eintreffen würden.

Trotzdem erhoben Brückner & Albers schon am 8. August 1863 Klage beim Handelsgerichte wider Hartenfels Söhne und trugen auf Grund des bei Präsentation der Tratte nach Ausweis des Protestes geleisteten Zahlungsversprechens darauf an, die Beklagten zur Bezahlung von 13,500 ℔ Bco. nebst Zinsen und Kosten zu verurtheilen.

Die Beklagten leugneten, daß sie selbst oder irgend jemand der dazu berechtigt gewesen, für sie das angebliche in der Protesturkunde enthaltene Versprechen gegeben. Die Kläger stützten ihren Anspruch lediglich auf die Protesturkunde; dieses Document sei werthlos, da der Wechsel nicht vom Notar persönlich vorgezeigt worden. Da es sich nicht um einen wechselmäßigen Anspruch, sondern um den Beweis eines Versprechens handele, so habe die Behauptung des Notars keine volle Beweiskraft. Die Erklärung des Commis, dessen Befugniß nicht so weit gehe, sei für die Beklagten nicht verbindlich. Gebeten wird um Abweisung der Klage ref. exp.

Kläger bringen noch ein Schreiben des Notars Schramm bei, worin er anführt, daß auch der Buchhalter der Beklagten eine ähnliche Erklärung wie die jetzt fragliche bei Präsentation anderer Wechsel abgegeben habe; der Notar habe ihn auf das Präjudicirliche einer solchen Erklärung aufmerksam gemacht.

Das Handelsgericht legte in seinem Erkenntnisse vom 15. August 1863 dem Kläger Beweise auf in Betreff der Autorisation des Commis Fröscher zur Abgabe der Erklärung für die Beklagten.

Beide Theile appellirten und machten in zweiter Instanz die Beklagten namentlich geltend, daß die Erklärung des Commis gar nicht ein rechtsverbindliches Versprechen enthalte, daß der Notar nicht die Befugniß gehabt habe, als Mandatar der Kläger die Erklärung zu acceptiren, und daß er dieselbe nicht acceptirt habe.

Das Obergericht wies durch Erkenntniß vom 30. Octbr. 1863 auf Grund der beklagtischen Appellation die erhobene Klage unter Compensation der Kosten zweiter Instanz ab, da ein bindender Vertrag nicht vorliege, und wenn freilich diese Auffassung von den Beklagten in erster Instanz nicht geltend gemacht worden, die Nachholung derselben doch für unzulässig nicht erachtet werden könne, weil es sich um eine reine Rechtsauffassung handele und mithin das beneficium nondum deducta deducendi den Beklagten zur Seite stehe.

Trotz der eingewendeten Nichtigkeitsbeschwerde und eventuellen Appellation der Kläger wurde dieses Erkenntniß durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 18. Mai 1865 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

I. Wenn auch der von den Klägern erhobenen **Nichtigkeitsbeschwerde** gegen das obergerichtliche Erkenntniß vom 30. Octbr. 1863 nicht entgegensteht, daß sie bei der binnen 10 Tagen beim Obergerichte zu beschaffenden Interposition der wider dasselbe Erkenntniß eingewendeten Appellation die

Nichtigkeitsbeschwerde nicht vorbehielten, da sie sich innerhalb der Interpositionsfrist für die Appellation noch gar nicht darüber schlüssig zu machen brauchten, ob sie sich außerdem auch der Nichtigkeitsbeschwerde bedienen wollten, vielmehr zu dieser Erwägung die ganze achtwöchige Frist für die Einführung der Nichtigkeitsbeschwerde benutzen durften, so war doch dieser Beschwerde selbst nicht zu deferiren. Denn

1) soweit dieselbe darauf gestützt wird, daß das Obergericht ein neues Vorbringen der Beklagten in zweiter Instanz den bestehenden Proceßvorschriften zuwider in judicando berücksichtigt habe, übersehen Kläger, daß in dem bezüglichen Vorbringen der Beklagten eine neue thatsächliche Behauptung gar nicht zu finden ist, sondern nur ein Versuch derselben, ihre schon excipiendo gestellte Bitte um Abweisung der Klage durch eine von ihnen in erster Instanz unterlassene rechtliche Deduction besser zu begründen.

Das Handelsgericht hatte nemlich bei Abgabe seines Erkenntnisses ex officio zu prüfen, ob in einer Erklärung des Inhalts: „der Wechsel werde nicht acceptirt, bei Verfall jedoch eingelöset," welche unter den von den Klägern angeführten Umständen abgegeben worden, ein die Beklagten rechtlich verpflichtendes Zahlungsversprechen zu finden sei, ohne daß es dieserhalb einer besonderen Anregung der letzteren bedurfte, da mit dieser Prüfung der Richter nur die in keinem Falle zurückzuweisende Aufgabe erfüllte, zu untersuchen, ob die vorgetragenen Klagthatsachen geeignet seien, die Klage an und für sich zu begründen.

Diese Prüfung wird das Handelsgericht vorgenommen haben. Es ist aber, da es auf Beweis eines Theils der Klagthatsachen erkannt hat, offenbar der Auffassung der Kläger, daß in einer solchen Erklärung ein mittelst Klage zu verfolgendes Zahlungsversprechen zu finden sei, beigetreten.

Den Beklagten kann es jedoch nicht abgeschnitten werden, nunmehr in zweiter Instanz das auszuführen, was sie schon in erster Instanz hätten darlegen können, aber, wie sich gezeigt hat, nicht darzulegen brauchten, daß der Richter da ein

Zahlungsversprechen angenommen habe, wo nur eine rechtlich nicht verpflichtende Aeußerung vorliege. Neue thatsächliche Behauptungen wurden dadurch von ihnen überall nicht aufgestellt, und das Obergericht war, ohne daß das beneficium nondum deducta deducendi zur Frage kommt, unbehindert, ja selbst verpflichtet, die betreffenden Ausführungen der Beklagten zuzulassen, wie denn auch in zweiter Instanz selbst die Kläger dem nicht widersprochen haben.

2) Kläger wollen ihre Nichtigkeitsbeschwerde weiter noch durch Folgendes rechtfertigen: die Beklagten hätten in erster Instanz nicht in Abrede gestellt, daß wenn der Notar die Antwort in Person entgegengenommen hätte, und wenn dieselbe von einem legitimirten Stellvertreter der Beklagten ertheilt wäre, auch das Zahlungsversprechen in bindender Weise zu Stande gekommen sei; die Thatsache mithin, daß der Notar ermächtigt gewesen, für seine Requirenten (die Kläger) ein Zahlungsversprechen sich geben zu lassen und daß die Beklagten die fragliche Antwort, wenn sie solche wirklich gegeben, nur in dem Sinne gegeben hätten, um sich vertragsmäßig zu binden, sei von ihnen nicht negirt worden; das Obergericht sei hiervon abgewichen, habe sich also eines Verstoßes gegen die substantialia processus schuldig gemacht.

Wäre auch die Darstellung der Kläger in dieser Beziehung vollständig richtig und ihre Auffassung der bezüglichen Momente zutreffend — was beides nicht der Fall ist —, und wäre dagegen die Beurtheilung des Obergerichts unzutreffend, so würde dennoch eine Nichtigkeit des Verfahrens nicht vorhanden sein; denn der Richter, welcher das zu den Acten gekommene factische Vorbringen der Parteien unrichtig interpretirt, wird zwar zu einer unzutreffenden Entscheidung gelangen und wird diese Entscheidung, falls sie nicht rechtskräftig ist, als eine iniqua angefochten werden können; aber eine Nichtigkeit des Verfahrens ist hierin nicht erfindlich, vielmehr nur ein Fehler in judicando.

II. Auch die eventuelle Appellation der Kläger mußte als unbegründet verworfen werden.

1) Zunächst ist von den Beklagten keineswegs, wie Kläger auszuführen suchen, eingeräumt worden, daß die von dem Commis Fröscher für die ersteren abgegebene durch die Protesturkunde vom 8. Mai 1863 bezeugte Erklärung ein Zahlungsversprechen enthalte. Die Kläger faßten allerdings diese Erklärung als ein die Beklagten verbindendes Versprechen auf, und nannten dieselbe schon in ihrer Klage ausdrücklich ein nach Ausweis des Protestes geleistetes Zahlungsversprechen. Die Beklagten erwiederten darauf: „es werde auf Grund eines angeblich von ihnen dem Notar Schramm ertheilten Versprechens geklagt; die Beklagten aber müßten leugnen, daß sie selbst oder jemand der dazu berechtigt gewesen, für sie das in Anlage 1. (Protesturkunde vom 8. Mai) enthaltene Versprechen gegeben; — — — die Kläger stützten ihren Anspruch lediglich auf die Anlage 1, welche (wie näher ausgeführt wird) ein durchaus werthloses Document sei." Kläger legen diese Erwiederung so aus: Beklagte hätten darin die Thatsache zugestanden, daß die fragliche Antwort, wenn sie gegeben worden, nur in dem Sinne gegeben sei, sich vertragsmäßig zu binden. Die Beklagten sollen hiernach erwiedert haben: wir leugnen zwar die in der Protesturkunde referirte Antwort, erkennen aber an, daß dieselbe ein Versprechen enthält. Beklagte wollen, wie sie in jetziger Instanz behaupten, bereits in erster Instanz darauf hingewiesen haben, daß das Zahlungsversprechen sich aus der Anlage 1 nicht construiren lasse, diese Anlage sei nicht als ein verpflichtendes Versprechen, sondern als eine einem Dritten gegenüber abgegebene unpräjudicirliche Erklärung aufzufassen. Aber hievon enthält das handelsgerichtliche Protocoll überall nichts; Beklagte begnügten sich vielmehr damit, die Erklärung zu leugnen und darzulegen, daß die Protesturkunde einen Beweis derselben in concreto nicht erbringe.

Dennoch ist das von den Klägern in der Erwiederung der Beklagten gefundene Zugeständniß aus derselben nicht zu entnehmen. Denn dieses Zugeständniß wäre mehr als das

Einräumen einer einfachen Thatsache, es wäre die Anerkennung, daß aus einer bestimmten Thatsache eine für den Gegner günstige Schlußfolgerung gezogen werden dürfe, es würde die Auslegung einer zweifelhaften Willenserklärung zum Nachtheile der Beklagten enthalten. Da dieselben aber die Erklärung selbst, um deren Auslegung es sich handelt, leugneten, so durften sie vorläufig die Relevanz der Erklärung für die Klagbegründung der richterlichen Beurtheilung überlassen, und ist es überdies sehr bedenklich, in der knappen Fassung des handelsgerichtlichen Protocolls mehr zu finden, als daß mit dem Worte „Versprechen" in der beklagtischen Erwiederung nur zurückgewiesen werden sollte auf die Erklärung, welche die Kläger ein Zahlungsversprechen genannt hatten; mit andern Worten, es sollte der negativen Litiscontestation ein entsprechender sich an die Worte der Klage thunlichst anschließender Ausdruck gegeben werden, ohne daß damit zugleich die Bedeutung, welche Kläger dem Worte „Versprechen" beigelegt hatten, anerkannt wurde. Beklagte wollten entschieden den Grund der angestellten Klage bestreiten, indem sie das angeblich ertheilte Versprechen in Abrede nahmen. Sollten aber die fraglichen Worte, mit denen dies geschah, daneben ein Zugeständniß des von den Klägern in der Klage angenommenen Sinnes derselben enthalten, so war hiezu ein viel bestimmterer Ausdruck in der Erwiederung der Beklagten erforderlich, als in dem betreffenden Protocolle enthalten ist.

Hiernach ist davon auszugehen, daß kein Zugeständniß der Beklagten den Richter bei der Interpretation der Fröscher-schen Erklärung beschränkt. Ist aber dieses der Fall, so muß

2) dem Obergerichte darin beigetreten werden, daß ein Versprechen im rechtlichen Sinne in dieser Erklärung nicht zu finden ist.

Wenn ein Trassat, dem ein Wechsel vom Notar zur Annahme präsentirt wird, wie im gegenwärtigen Falle, die Erklärung abgiebt: „es werde der Wechsel nicht acceptirt, bei Verfall jedoch eingelöst," so kann möglicherweise, wenn ganz besondere

Umstände, unter denen dieselbe abgegeben worden, hinzutreten, darin der Ausdruck für ein den Trassaten rechtlich verpflichtendes Zahlungsversprechen enthalten sein, und kann bei hinzukommender Acceptation des Promissars in Folge solcher Erklärung ein Vertrag zu Stande kommen. Aber ohne das Hinzutreten besonderer (im vorliegenden Falle von den Klägern gar nicht behaupteter) Umstände ist bei einer solchen Aeußerung der animus sese obligandi gewiß nicht mit Sicherheit anzunehmen. Denn der Zweck derselben ist, eine Verbindlichkeit in wechselmäßiger Form abzulehnen, der Inhalt der Aeußerung aber ein so unbestimmter, daß die troß der Ablehnung der wechselmäßigen Verbindlichkeit in Aussicht gestellte Einlösung des Wechsels nicht mehr ausdrückt, als die Hoffnung, die Einlösung werde geschehen. Schwerlich kann eine solche Aeußerung dahin interpretirt werden, man wolle die Wechselsumme zwar nicht als Wechselschuldner, aber dennoch als Schuldner zahlen, zumal wenn dieselbe nicht dem künftigen Gläubiger, sondern einem Notar gegenüber gemacht wird, dessen Auftrag über die Präsentation des Wechsels und die Protesterhebung nicht hinausgeht. Wird die Aeußerung unter solchen Umständen an einen nur so weit beauftragten Notar gerichtet, so wird ihr nicht der Charakter einer den Offerirenden bindenden Vertragsofferte beizulegen sein.

Hiebei ist noch Folgendes in Betracht zu ziehen, was geeignet ist, die Bedenken gegen die Absicht der Uebernahme einer rechtlichen Verpflichtung Seitens der Beklagten zu verstärken.

a) Kläger führen in [1] act. des O.-A.-Gerichts selbst aus, daß die Beklagten zu der Zeit, als ihnen der fragliche Wechsel präsentirt wurde, in schwierigen pecuniären Verhältnissen sich befanden, daß sie bei ihren Gläubigern ein Moratorium zu erwirken suchten, daß sie sich also vor neuen Accepten hüten mußten. War aber die pecuniäre Lage der Beklagten dieser Darstellung entsprechend, so hatten sie nicht bloß solche Accepte, sondern überhaupt die Uebernahme neuer Verbindlichkeiten zu vermeiden, mithin auch die freiwillige Leistung

eines Zahlungsversprechens, das ihnen materiell dieselbe Verpflichtung auflegte, wie ein Wechselaccept.

b) Die Verweigerung des Wechselaccepts aber und eine daneben dennoch übernommene selbstständige Verbindlichkeit, den Wechselbetrag zu zahlen, wird um so unerklärlicher, da Beklagte dadurch in eine nachtheiligere Lage gebracht wären, als wenn sie den Wechsel acceptirt hätten. Denn sie selbst hätten bei solchem Verfahren eine Verbindlichkeit auf sich genommen und daneben, weil sie den Wechsel nicht acceptirten, den Wechselaussteller, ihr Buenos-Ayres-Haus, dessen Inhaber, wie Kläger anführen, mit denen des beklagten Hamburger Hauses identisch sind, und dadurch in der That sich selbst einem Regresse auf Sicherstellung ausgesetzt.

c) Ist ein solches Verfahren einem einzelnen Gläubiger gegenüber schon schwer erklärlich, so wird dasselbe vollends unbegreiflich, wenn die gleiche Verfahrungsweise den Beklagten überhaupt als Regel ihres Verhaltens zugemuthet wird, indem Kläger, unter Bezugnahme auf einen Brief des Notars Schramm, behaupten, Beklagte hätten nicht bloß ihnen gegenüber die Annahme eines Wechsels verweigert und daneben ein Zahlungsversprechen geleistet, sondern eine gleiche Erklärung auch in anderen ähnlichen Fällen abgegeben.

d) Kläger verkennen selbst nicht, daß die Beklagten durch die rechtsverbindliche Zusage der Einlösung des Wechsels zur Verfallzeit dieselben materiellen Verbindlichkeiten auf sich genommen haben würden, welche sie durch den Accept des Wechsels eingegangen wären. Nimmermehr aber konnten die Beklagten, wie Kläger meinen, sich die Aussicht machen, durch das Zahlungsversprechen ihr Buenos-Ayres-Haus vor dem Regresse zu schützen, den sie durch die Acceptverweigerung gerade rechtlich begründeten.

e) Vollständig angemessen aber erscheinen die bei Gelegenheit der Acceptverweigerung abgegebenen Erklärungen der Beklagten, wenn dieselben nicht als Zahlungsversprechen aufgefaßt werden, sondern als der Ausdruck einer von ihnen gehegten Erwartung, daß sie im Stande sein würden, den

Verpflichtungen, auf welche sich die Wechsel bezogen, nachzukommen. Sie gaben, je begründeter ihre Hoffnung war, Rimessen aus Buenos-Ayres zu erhalten — worauf Kläger selbst hindeuten — dieser Erwartung einen um so bestimmteren Ausdruck, um ihren guten Willen zu zeigen, trotz der Ablehnung einer rechtlichen Verpflichtung für das Hamburger Haus die Verbindlichkeiten des Buenos-Ayres-Hauses zu erfüllen. Und nur als der Ausdruck einer solchen Erwartung erscheint die nach der Protesturkunde vom 8. Mai 1863 durch ihren Commis gemachte schon öfter angeführte Aeußerung und die nach dem erwähnten Briefe des Notars Schramm außerdem mehrfach bei Präsentation von Wechseln um dieselbe Zeit durch ihren Buchhalter abgegebene Erklärung: „der Wechsel werde jedenfalls bei Verfall und vielleicht schon früher bezahlt werden." Die Beklagten wollten ihren Willen, die Wechsel einzulösen, an den Tag legen, aber dieserhalb eine rechtliche Verpflichtung nicht auf sich nehmen. Diesem Willen gaben sie in den fraglichen Erklärungen einen durchaus angemessenen Ausdruck.

Aus dem Allen ergiebt sich, daß die Erklärung des Commis Fröscher als ein rechtlich wirksames Versprechen nicht aufgefaßt werden kann.

Sollte aber dieses noch zweifelhaft sein, und sollte die Fröschersche Erklärung dennoch als Vertragsofferte angesehen werden können, so wäre doch

3) auch aus einem Zahlungsversprechen die Klage nur zu begründen gewesen, wenn zugleich von den Klägern in genügender Weise behauptet wäre, daß dieses Versprechen rechtzeitig ihrerseits acceptirt worden.

Im ersten Verfahren ist der Punkt der Annahme des Versprechens gar nicht speciell berührt, namentlich aber von den Klägern nicht behauptet worden, der Notar Schramm sei ermächtigt gewesen, für sie sich ein Zahlungsversprechen geben zu lassen, so daß ihre Behauptung in jetziger Instanz, Beklagte hätten diese Thatsache zugestanden, völlig grundlos ist. Kläger haben sich auch in dieser Beziehung lediglich auf

die Protesturkunde berufen. Nach derselben war der Notar Schramm von ihnen zu nichts Weiterem requirirt, als zur Vorzeigung eines Wechsels zwecks Annahme und eventueller Protesterhebung. Mit Unrecht finden die Kläger in dieser Requisition zugleich die Ermächtigung des Notars, falls er ein formelles Zahlungsversprechen (den Wechselaccept) nicht sollte erlangen können, das minus, ein unförmliches, aber die Beklagten verpflichtendes Zahlungsversprechen für die Kläger als seine Auftraggeber anzunehmen. Diese Auffassung der Stellung eines zur Constatirung der im Wechselverkehr vorkommenden Thatsachen requirirten Notars, dem von den Requirenten besondere über diese Thätigkeit hinausgehende Aufträge nicht ertheilt worden, ist gänzlich unhaltbar, ja dem Interesse des Requirenten selbst nicht entsprechend, wobei auch darauf hinzuweisen ist, daß wegen der völlig verschiedenen rechtlichen Natur der fraglichen Rechtsverhätnisse die Uebernahme einer civilrechtlichen obligatio auf den Wechselbetrag im Verhältnisse zum Accepte des Wechsels nicht immer mit Grund als ein minus bezeichnet werden kann; es ist dieselbe vielmehr ein plane aliud.

Der Notar Schramm hat nach Ausweis der Protesturkunde, nachdem der Commis Fröscher die oft erwähnte Antwort abgegeben, sich damit begnügt, wegen nicht geschehener Annahme des Wechsels zu protestiren, und die Protesturkunde, welche den ganzen Vorgang bezeugt, den Klägern ausgehändigt, mithin eine Acceptation des Versprechens für die Kläger nicht ausdrücklich erklärt. Kläger aber treten, indem sie dieses nicht zu verkennen vermögen, mit der Behauptung hervor, aus der Aufnahme der Antwort in die Protesturkunde folge stillschweigend die Acceptation der Fröscherschen Erklärung durch den Notar. Letzterer, welcher nach Art. 88 № 3 der Deutschen Wechselordnung die ganze Antwort des Protestaten in den Protest aufzunehmen hatte, war nun zwar zur Entgegennahme der ganzen Erklärung, also auch der fraglichen Worte requirirt. Aber eine solche Entgegennahme ist noch keine Annahme der in derselben etwa zu findenden Offerte.

Dazu bedurfte es einer speciellen gerade hierauf gerichteten Requisition des Notars. Mithin folgt, da Kläger nicht zu behaupten vermocht haben, daß der Notar von ihnen irgend einen über die gewöhnliche Requisition in solchen Fällen hinausgehenden Auftrag erhalten habe, aus der Aufnahme der Antwort in die Protesturkunde nur, daß der Notar dieselbe habe constatiren wollen, und daß die Beklagten sich sagen mußten, die Kläger, als Requirenten, würden durch Aushändigung des Protestes die ertheilte Antwort erfahren.

So wenig hiernach die beklagtische Offerte durch den Notar Schramm acceptirt worden, eben so wenig haben die Kläger nach ihrem eigenen Vorbringen dieselbe hinterher rechtzeitig angenommen. Die stillschweigende Annahme durch die Klaganstellung aus dem Versprechen aber war wegen des dazwischen liegenden Zeitraums von drei Monaten jedenfalls verspätet, da, nachdem die Kläger jegliche Rückäußerung so lange verabsäumt hatten, Beklagte nicht mehr als an ihre Offerte gebunden angesehen werden können. Außerdem aber haben Beklagte in ihrem Briefe vom 6. August 1863 den Klägern angekündigt, daß die Einlösung des Wechsels bei Verfall nicht geschehen werde, also ihre Offerte noch vor der am 8. August 1863 erfolgten Klaganstellung zurückgenommen, wozu sie bei so langer Verzögerung der Erklärung über die Annahme gewiß befugt waren.

Da somit weder ein Versprechen der Beklagten im rechtlichen Sinne vorliegt, noch auch, falls von einem solchen Versprechen die Rede sein könnte, die Annahme desselben in genügender Weise von den Klägern behauptet worden, so war, unter Verwerfung der Beschwerden der Kläger, das obergerichtliche Erkenntniß, welches die erhobene Klage abweiset, zu bestätigen, und waren zugleich die Kläger in die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu verurtheilen.

---

38. Bremen.

Johann Rust in Tenöver bei Bremen und Consorten, Kläger und Appellanten, wider **Johann Bischoff** Wittwe geb. **Mayer** und die Vormünder von **Hermann Bischoff** ebendaselbst, Beklagte und Appellaten, Herausgabe eines Nachlasses betreffend.

---

1) Ob die alten statutarischen Mündigkeitstermine von 18 resp. 15 Jahren als die der Testamentsmündigkeit jetzt in der Stadt Bremen nicht mehr gelten, ist zweifelhaft.
2) Daß in dieser Beziehung im Bremischen Landgebiete das gemeine Recht gilt, ist, insofern die Kläger nicht ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht erweisen, anzunehmen.
3) Gemeinrechtlich ist die Gültigkeit der im mündigen Alter errichteten Testamente von individueller Reife der Testirenden nicht abhängig.

Rechtsfall. Am 16. Juni 1861 verstarb in dem zum Bremischen Landgebiete gehörigen Dorfe Tenöver Margaretha Rust im noch nicht vollendeten 15. Lebensjahre. Ihre beiden Eltern waren vor ihr verstorben, und zwar ihre Mutter, nachdem sie mit Johann Bischoff eine zweite Ehe eingegangen, die aber kinderlos geblieben war. Ihr, der Margaretha Rust, als der einzigen Tochter, war daher die elterliche, vom Meiernexus abgelöste Landstelle angefallen. Ueber diese Stelle und den gesammten übrigen elterlichen Nachlaß hatte sie in einem am 4. Juni 1861 vor zwei Bremischen Rathmännern errichteten Testamente, mit Ausschluß der Geschwister ihrer Eltern als ihrer nächsten Blutsfreunde, zu Gunsten des in einer zweiten Ehe ihres Stiefvaters Johann Bischoff gebornen Sohnes und der Mutter desselben verfügt. Nach dem Tode der Testirerin traten nun ihre gedachten nächsten Blutsfreunde mit einer Klage auf Herausgabe des Nachlasses auf, und als die Beklagten ihre Rechte aus dem Testamente geltend mach-

ten, fochten sie dasselbe aus dem doppelten Grunde als nichtig an, weil

1) nach dem Bremischen Statute die Testamentsmündigkeit der Frauenzimmer erst mit vollendetem 15. Lebensjahre eintrete und dieser Mündigkeitstermin auch im Gebiete, eventualiter gewohnheitsrechtlich Gültigkeit habe; und weil
2) falls es auf die gemeinrechtliche Testamentsmündigkeit ankommen sollte, es der Testirerin doch an der erforderlichen geistigen Reife gefehlt habe.

Obergerichts-Erkenntniß erster Instanz vom 1. December 1862:

daß die Beklagten von der wider sie erhobenen Klage frei zu sprechen.

Entscheidungsgründe.

Die Kläger haben als nächste Intestaterben der am 16. Juni 1861 zu Tenöver verstorbenen Margaretha Rust gegen die Johann Bischoff Wittwe und später gegen die Vormünder deren Sohns, Hermann Bischoff, Klage auf Herausgabe des Nachlasses der vorerwähnten defuncta angestellt, und nachdem Beklagte ein Testament der Erblasserin producirt, worin dieselbe den Hermann Bischoff zum Universalerben eingesetzt, seiner Mutter aber den Nießbrauch des Vermögens vermacht hatte, dies Testament deshalb als nichtig angefochten, weil die Erblasserin damals das 15. Lebensjahr noch nicht erreicht hatte.

Sie beziehn sich zu dem Ende auf Statut 14. 17.

> Gildemeister, Beiträge Bd. II. pag. 144 ff.
>
> Lampe, diss. de testamentif. Bremensi cap. II. § 2

denen noch hätte beigefügt werden können,

> Deneken, Vorlesungen über einige wichtige Gegenstände des Bremischen Stadtrechts, IV Vorl., namentlich pag. 127. 128, vgl. mit III. Vorl pag. 66,

so wie wegen der verwandten Rechte auf

> Pauli, das Erbrecht der Blutsfreunde und die Testamente nach Lüb. Recht, pag. 193. 194. 197.

wohin auch gehört

Hannover's Recht, von Grefe, Thl. II, pag. 65. 66.

Trummer, das Hamb. Erbrecht Bd. II. pag. 340 ff.,

wie denn auch die Thatsache, daß die Mündigkeit nach deutschem Particularrecht, namentlich in Bezug auf Testamentifaction von den Römischen Terminen häufig abweicht, allgemein bekannt ist,

Gerber, Deutsches Privatrecht § 35 not. 3, § 244 not. 4.,

Mittermaier, D. Privatrecht § 44 a, not. 21.

Rudorff, Vorm.-Recht, Thl. I pag. 110, 111.,

wobei übrigens noch verglichen werden kann

Verordn. vom 21. März 1750.

Brem. Wechsel-O. vom 22. März 1712 Art. 61.

G.-O. vom 1751, Thl. I. tit. I, § 2. sub e, tit. X. § 7, Thl. II. tit. III. § 7, tit. IX. § 2, tit. XX. § 14,

G.-O. von 1814, tit. 6. § 85.

Executionsordnung vom 21. Juni 1841, § 9.

Hake, de jure feminarum Bremens. statutario, cap. II, § VII, cap. III. § 4

Henricus Köhnen, de maj. aet. term. sec. jus Rom. et stat. Brem. cap. III § 10, 13 ff.

Philipp Schoene, de tutela sec. stat. Brem. cap. VI, § 3.

Hermann Büsing, de juratis § XVIII.

Gegen diese Begründung der klägerischen Ansicht von der Nichtigkeit des Testaments haben die Beklagten

1) die Behauptung aufgestellt, es gelte in der Lehre von der Mündigkeit jetzt das gemeine Recht und sei das statutarische Recht allmählig durch Gewohnheit in Abgang gekommen, wobei jedoch zu bemerken, daß der von ihnen citirte

Berck, Güterrecht, pag 211,

keineswegs sagt, daß die statutarischen Großjährigkeitstermine abolirt seien;

2) darauf aufmerksam gemacht, daß das von den Klägern geltend gemachte Recht sich nur auf die Statuten gründe und daher auf das Gebiet nicht anwendbar sei.

Da in Betreff dieses letzteren Punkts den Beklagten beizupflichten ist, so bedarf es eines Eingehens auf die sub 1 aufgestellte Behauptung nicht.

Es ist nämlich bekannten Rechtens, daß in dem Freistaate Bremen verschiedene Rechtsnormen gelten, welche besonders unter folgende drei Hauptrubriken fallen:

1) solche statutarische Bestimmungen, welche lediglich das Weichbild betreffen, z. B. Handfestenrecht, Miethrecht u. s. w.,

2) solche statutarische Bestimmungen, welche allein die Stadt betreffen,

3) solche gesetzliche Vorschriften, welche das Gebiet betreffen.

In die letzte Kategorie gehören insbesondere diejenigen Vorschriften des gemeinen Rechts, deren Eindringen in die Stadt durch daselbst bestehende einheimische Rechte verhindert worden ist.

Diesen Unterschied hat die Verordn. vom 29. November 1829 ausdrücklich bei Publication der Gesetze in neu erworbenen Gebietstheilen hervorgehoben.

Nun handelt es sich aber in dem vorliegenden Falle darum, wann eine Bewohnerin des Gebiets die Mündigkeit erreicht habe, und diese Frage ist mit den Beklagten nach dem gemeinen Rechte zu beantworten, es sei denn, daß eine particularrechtliche Abweisung nachweisbar wäre. Nun giebt es allerdings Vorschriften des statutarischen Rechts, die allmählig auch auf dem Lande recipirt sind, wie z. B. namentlich die Bremen eigenthümliche Testamentsform,

E.-Gr. d. O.-G. in Sachen Averbäck c. Jürgens vom 12. October 1840,
Averbäck c. Averbäck, 18. December 1843 und 22. Mai 1843,

aber im Ganzen gilt die Regel, daß das statutarische Recht im Gebiet nicht anwendbar sei.

E.-Gr. d. O.-G. in Sachen Wolpmann c. Garbade vom 20. Mai 1816,
Mester c. Hillmann vom 8. März 1841 u. 25. October 1841.

Wenn es bei einzelnen statutarischen Grundsätzen zweifelhaft ist, ob sie sich durch den Gebrauch auch im Gebiete eingebürgert haben, so kann doch im vorliegenden Falle ein solcher Zweifel schwerlich aufkommen, da die Lehre von der Mündigkeit außerordentlich wenig practisch ist,

Savigny, R. R. III. Bd. pag. 82.

und daher kein Fall hat aufgefunden werden können, wo die Frage, ob selbst in der Stadt, wie die Kläger meinen, die statutarischen, oder, wie die Beklagten meinen, die gemeinrechtlichen Grundsätze entscheiden, in contradictorio behandelt wäre; in einem Aufsatze über die Rechte der Jugend vom Jahre 1836 ist dieselbe nicht einmal erwähnt.

Bremische Blätter III. Heft, pag. 44 ff.

Da nämlich die geringen practischen Unterschiede zwischen den Unmündigen und Mündigen in der Praxis immer mehr verwischt,

Bremische Blätter fol. 47. Note,

oder durch neue Bestimmungen, wie in der Gesindeordnung, ersetzt wurden, so blieb nur die testamentifactio als Hauptmerkmal übrig, und ein Fall, wie der in dem vorliegenden Rechtsstreite zur Erörterung gekommene, wird nur selten sich ereignen können. Unter diesen Umständen war aber die Ausdehnung des statutarischen Rechts auf das Gebiet durch den Gebrauch oder einen Gerichtsgebrauch gradezu unmöglich, und kann man daher mit Sicherheit annehmen, es sei daselbst in dieser Hinsicht beim Alten geblieben.

Vgl. übrigens G.-O. v. 1751 Thl. I. tit I § 2. sub 1.

Danach ist denn das Testament, welches von einem 14jährigen Mädchen errichtet ist, wegen des Alters dieses Mädchens nicht anfechtbar, und daher die Klage, insofern sie auf die Unmündigkeit der Testatrix gestützt worden, zu verwerfen.

Wenn endlich Kläger noch die Behauptung hinwerfen, es habe der Testatrix nicht etwa an der Fähigkeit der Willensbestimmung, wohl aber an Verstandesreife und an der Fähigkeit, die in Betracht kommenden Verhältnisse zu begreifen, gefehlt, so wie, dieselbe sei den Eingebungen Dritter, insbesondere der Johann Bischoff Wittwe gefolgt, so sind dies gänzlich irrelevante Behauptungen, nicht geeignet, zu irgend einer Beweisauflage zu führen.

Das Obergerichts-Erkenntniß in der Revisionsinstanz vom 11. April 1864 auf die Beschwerden der Kläger war lediglich bestätigend.

Die Entscheidungsgründe zu demselben enthalten zunächst:

1) eine Ausführung über die Rechtsbeständigkeit der vor zwei Rathmännern errichteten Testamente auch im Landgebiete, wobei beiläufig bemerkt wird, daß, da dies kein speciell Bremisches, sondern ein in vielen Städten vorkommendes Institut sei, bei welchem die Rathmänner nur als Urkundspersonen fungirten, daraus sich nicht folgern lasse, daß das Recht der Statuten in Beziehung auf sonstige Requisite der Testamente ebenfalls im Landgebiete zur Anwendung komme.

2) Hierauf folgt eine Ausführung der Frage, ob selbst in der Stadt Bremen die Testamentifaction durch die Bremische Pubertät, und nicht vielmehr schon durch die gemeinrechtliche bedingt sei. Einerseits zwar enthalte das ältere Bremische Recht, selbst das Statut von 1433, nicht, wie einige andere deutsche Rechte, eine besondere Vorschrift über Testamentsmündigkeit. Denn Stat. 25 spreche gar nicht von einem Verfügungsrecht des Mündigen, sondern setze nur fest, daß das Heergewette eines Mündigen bei seinem Tode den dazu Berechtigten zukommen solle. Anderseits wisse aber auch das Bremische Statut von den drei Altersstufen des Römischen Rechts nichts, sondern unterscheide nur die zu ihren Jahren (15 resp. 18) Gekommenen von denen, welche dieses Alter noch nicht erreicht hätten. Sei aber dieses Alter nach dem Statut der einzige für die Dispositionsfähigkeit überhaupt in Betracht kommende Termin, so sei es unzulässig, in das damit festgestellte Princip die Bestimmung des Römischen Rechts hinein zu tragen, nach welcher der minor, sobald er pubes sei, ein Testament errichten könne.

Allein obgleich sich diese deutschen Grundsätze des ältern Rechts lange in Bremen erhalten hätten, so sei es doch nicht minder gewiß, daß jetzt das Römische Recht das statutarische in diesem Punkte verdrängt habe. Darüber heißt es:

„Wie sehr das statutarische Recht in diesem Punkte zurückgetreten ist, ergiebt sich beispielsweise aus dem im Bürgerconvente vom 28. Decbr. 1821 vorgelegten Berichte der zur Entwerfung einer Vormundschaftsordnung ernannten Deputa-

tion, welche, indem sie den im Verlaufe der Verhandlungen nur in minder wichtigen Punkten abgeänderten Entwurf der Vormundschaftsordnung von 1826 übergiebt, und dabei noch dazu ausdrücklich erklärt, sie sei davon ausgegangen, daß ihr obliege, nicht sowohl ein neues Recht zu bilden, als vielmehr das bestehende deutlich auszusprechen, den Mündigkeitstermin der Statuten nicht einmal mehr erwähnt; — und nicht minder aus dem in den Entscheidungsgründen erster Instanz angeführten „Die Rechte der Jugend" überschriebenen Aufsatz, welcher den Laien von dem unterrichten will, was bei uns in Beziehung auf die Rechts- und Dispositionsfähigkeit der Minderjährigen Rechtens sei, und welcher dann lediglich eine Darstellung der Grundsätze des Römischen Rechts, insbesondere auch über die active Testamentsfähigkeit der minores puberes giebt, ohne an den von dem des Römischen Rechts so weit abweichenden Volljährigkeitstermin der Statuten nur einmal zu erinnern, geschweige denn einen Zweifel über eine mögliche Geltung des letzteren für die heutige Rechtsanwendung anzuregen; — endlich aber aus zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen, in welchen in den hier einschlagenden Fragen das Römische Recht ohne Weiteres zur Anwendung gebracht wird.

Ein Gesetz, welches die statutarischen Vorschriften allgemein ausdrücklich außer Kraft und die des Römischen Rechts in ihre Stelle setzte, giebt es zwar nicht, aber in mehren für einzelne Rechtsverhältnisse resp. bei besonderen Anlässen lange vor der Vormundschaftsordnung von 1826 gegebenen Gesetzen, die zum Theil schon in den Entscheidungsgründen erster Instanz erwähnt sind, wird doch die Minderjährigkeit mit dem Römischen Rechte als bis zum vollendeten 25. Lebensjahre dauernd bestimmt angenommen.

So schon im § 61 der Wechselordnung von 1712, wo unter den am Schlusse genannten Minderjährigen nothwendig minores im Römischen Sinne verstanden werden müssen, da sich unmöglich annehmen ließ, daß „junge Leute" unter 18 Jahren „schon einige Zeiten in Handlungen wären begriffen gewesen und ihren eignen Geschäften vorgestanden hätten."

So in der bekannten Verordnung wider die heimlichen Verlöbnisse vom 21. März 1750, in welcher das vollendete 25. Jahr als das Alter der Volljährigkeit ausdrücklich bezeichnet ist.

So in der Gerichtsordnung von 1751, in welcher an verschiedenen Stellen die Worte unmündige und minderjährige Personen neben einander in einer Weise vorkommen, daß das letztere nur von der minor aetas des Römischen Rechts verstanden werden kann.

So endlich in dem § 5 der Verordnung vom 13. August 1814, die Aufhebung des Französischen und die Wiedereinführung des älteren Bremischen Rechts betreffend, in welchem festgesetzt wird, daß wer unter der Herrschaft des Französischen Rechts mit 21 Jahren einmal volljährig geworden sei, volljährig bleiben solle, während er nach dem wiederhergestellten älteren Rechte noch bis zum vollendeten 25. Jahre wieder minderjährig geworden sein würde.

Mit der hieraus erhellenden Verlegung des Volljährigkeitstermins von dem 15. und 18. auf das vollendete 25. Jahr ist nun freilich noch nicht erwiesen, daß, worauf es im vorliegenden Falle vor Allem ankommt, auch die Römischen Grundsätze über die Dispositionsfähigkeit der minores puberes bei uns gelten. Es ließe sich vielmehr als möglich denken, entweder daß die Unfähigkeit der Unmündigen, wie sie nach den Statuten bis zum 15. und 18. Jahre bestand, nunmehr als bis zum vollendeten 25. Jahre dauernd angenommen worden sei, oder daß man, wie die Kläger wollen, die statutarischen Termine von 15 und 18 Jahren aus Volljährigkeits- zu Pubertätsterminen gemacht habe.

Allein eine Durchsicht der gerichtlichen Entscheidungen, die über hier einschlagende Fragen seit einer langen Reihe von Jahren erfolgt sind, zeigt keine Spur von einer Ausbildung unseres statutarischen Rechts in einer von diesen beiden Richtungen, von denen die erste auch kaum durchführbar gewesen wäre. Es wird vielmehr überall, wo die Dispositionsfähigkeit der minores in Frage kommt, als ausgemachten Rech-

tens angesehen, daß darüber das Römische Recht entschei
und der statutarischen Termine gar nicht einmal gedacht.

Zwar berufen sich die Kläger unter andern auch auf E
würfe einer Vormundschaftsordnung aus der zweiten Hälfte d
18. Jahrhunderts. Allein diese sind nie als Gesetz publici

Demungeachtet ist der Inhalt der Entwürfe für die G
schichte der Ausbildung unseres Vormundschaftswesens u
auch in Beziehung auf die in dem vorliegenden Rechtsstr
zu erörternden Fragen nicht ohne Bedeutung. Sie enthal
zwar im Wesentlichen nur eine Zusammenstellung der g
meinrechtlichen Grundsätze über die Bestellung und Verw
tung der Vormünder, aber sie zeigen doch, daß die Verf
der Vorschrift der Statuten über den Zeitpunkt der Bee
gung der Vormundschaft noch eingedenk waren und sich v
anlaßt fanden, eine Verbindung des gemeinen und des sta
tarischen Rechts zu versuchen. Dabei ist es interessant
sehen, wie die verschiedenen Entwürfe diese Aufgabe vers
den lösen, indem in einem älteren unter der Rubrik „V
Endigung der Vormundschaft" es heißt:

„vermöge dieser Stadt sonderbaren Rechten und Sta
und alter hergebrachter Gewohnheit bleibt die Vor
schaft, bis die Mägdlein das 15., die Knaben das 18.
ihres Alters völlig erreichet, — — wann dieselben bei
seits zu vorbemeldetem Alter ihrer Jahre gelanget, wer
dieselben nach hiesigem Stadtrecht pro majorennibus u
vor volljährig gehalten,"

dann aber bemerkt wird, daß ihnen auf ihr Verlangen o
wenn sie nach dem Berichte der Vormünder nicht genugs
geschickt gehalten werden möchten, ihre Güter zu verwalt
Curatoren bestellt werden sollen; in einem späteren Entwu
dagegen in einem § 63 es heißt:

„da nach hiesigem Stadtrechte die Pupillen weiblichen G
schlechts nach zurückgelegtem 15. und männlichen Geschlec
nach geendigtem 18. Jahre puberes oder Mündige und v
der Zeit ab an Minderjährige genannt werden und in diese
Stande bis nach vollendetem 25. Jahre verbleiben," u. s. w

wogegen dann aber von Einem der Commissarien alsbald daran erinnert wird, daß die statutarische Altersstufe von 15 und 18 Jahren nicht die Gränze der Pubertät, sondern die der Volljährigkeit bezeichne.

Allein eben dies Schwanken der Ansichten der Verfasser der Entwürfe über die Art und Weise, wie das statutarische mit dem gemeinen Recht zu vereinigen sei, zeigt, daß man von der Unmöglichkeit der Beibehaltung des reinen statutarischen Rechts auch im Vormundschaftswesen längst überzeugt war, und erklärt es, daß man von nun an auch hier, wo es des positiven Inhalts der Statuten 14 und 17 wegen dem Eindringen des gemeinen Rechts länger als dem Obigen zufolge in anderen Rechtsgebieten widerstanden hatte, es ganz fallen ließ."

Nun wenden sich die Entscheidungsgründe

3) zu der Ausführung, daß jedenfalls im Landgebiete die gemeinrechtliche und nicht die statutarische Testamentsmündigkeit gelte.

„Daß das vom Rathe und der Gemeinheit entworfene Stadtrecht überhaupt ursprünglich nicht auf das Gebiet sich erstrecken konnte und sollte, folgt schon daraus, daß es nur ein Stadtrecht war, sowie daraus, daß der städtischen Gemeinheit niemals die gesetzgebende Gewalt im Gebiete zugestanden hat.

cf. Verhandl. über die Verfassung, 1818, pag. 19.

Es wird aber auch im Eingange des Stadtbuchs von 1433 ausdrücklich ausgesprochen, daß dies Gesetzbuch für die Stadt und die Bürger der Stadt gegeben werde, indem in Stat. 1, nachdem hier vorher bemerkt ist, dat de endracht unde ede allene anroret de olden unde nygen Rade unde Menheyt der stad Bremen unde anders nemende, es heißt: dat de Rad de nu bestedighet wert myt todaet der menheyt der stad beide boke olt vnde nyge overseen unde in een bok bringhen schal also dat nuttest unde best vor de menheyt unde Stad van Bremen is, und in Stat. 2 ähnlich: do worden de Radmanne myt der witheyt unde vulborde

der gantsen menheyt tho Bremen des to rade dat se wolden ere Recht bescriven in alder wise also hir na bescreven steyt.

Und damit harmonirt denn auch der Inhalt der Statuten überall. Ein großer Theil derselben paßt auf das Gebiet gar nicht, und doch ist nirgends gesagt, daß dieser Theil auf das Gebiet keine Anwendung finden solle, was doch in einem für dasselbe mitbestimmten Gesetzbuche nothwendig hätte geschehen müssen. In sehr vielen Statuten, vielleicht der Hälfte von allen, namentlich auch in den im vorliegenden Falle besonders wichtigen Statuten 14 und 17 sind ausdrücklich die Bürger und Bürgerinnen der Stadt als diejenigen bezeichnet, für welche die betreffende Bestimmung gelten solle, und wo das nicht geschieht, da ergiebt sich aus einer Vergleichung ehr bald, daß nicht eine materielle Verschiedenheit eine andere Ausdrucksweise zur Folge gehabt hat, sondern daß die Worte so welk borgher und so welk man ganz synonym gebraucht werden, somit auch die letzteren von Bürgern verstanden werden müssen.

Eine Beziehung auf das Gebiet oder vielmehr auf die Umgegend der Stadt kommt in den Statuten selten vor; wo sie aber sich findet, wie in dem bekannten Statut 29, da ist die Fassung so gewählt, daß man sofort sieht, daß das Gesetz nicht die Gebietsbewohner, sondern nur die Bürger binden wollte, denen es untersagt, ihr innerhalb einer Meile um die Stadt belegenes Eigenthum an einen Nichtbürger zu verkaufen.

Gegen die Geltung des Stadtrechts im Gebiete mag auch noch die Bemerkung hier Platz finden, daß die Gebietsbewohner selbst eine Art von Autonomie hatten und übten und daher auch ihr besonderes Landrecht besaßen, aus welchem einzelne, jetzt freilich längst antiquirte Stücke bei Oelrichs pag. 558 ff. abgedruckt sind. Eine solche Autonomie wurde u. A. vom Erzbischof Friedrich den von ihm angesiedelten Holländern in einer Urkunde von 1106,

Ehmck, Urkundenbuch, pag 28.
Gildemeister, Beiträge I. pag. 186,

ausdrücklich zu dem Ende verliehen, ne ab extraneis prejudicium paterentur.

Ein Gesetz, welches später das Stadtrecht im Ganzen in dem Gebiete eingeführt hätte, existirt nicht. Es ist vielmehr aus mehren Gesetzen klar, daß die Verschiedenheit des statutarischen und des im Gebiete geltenden Rechts bis in die neueste Zeit fortgedauert hat; so aus der Verordnung vom 23. Januar 1826, durch welche erst das wichtigste Institut des Stadtrechts, die eheliche Gütergemeinschaft mit ihren Folgen im Gebiete Geltung erlangt hat; so aus den die Einführung des Bremischen Rechts in neu erworbene Gebietstheile betreffenden Verordnungen vom 24. Mai 1827 und 23. November 1829, in welchen die Verschiedenheit der Rechte ausdrücklich erwähnt ist.

Ebensowenig giebt es ein Gesetz, welches, wie die Verordnung vom 23. Januar 1826 das eheliche Güterrecht, so das statutarische Vormundschaftsrecht oder die statutarischen Mündigkeitstermine auf das Gebiet ausgedehnt hätte. Auch war dazu ein Anlaß um so weniger vorhanden, als in der Stadt und im Gebiete das Vormundschaftswesen von verschiedenen Behörden, dort vom Obergerichte, hier von den Hofgerichten, geleitet wurde.

Ueber die von den Klägern angezogenen Entwürfe einer neuen Vormundschaftsordnung ist schon oben das Nöthige bemerkt worden.

In zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen endlich ist wiederholt anerkannt, daß das statutarische Recht der Stadt im Gebiete nicht gelte.

S. namentlich E.=G. des O.=G. in S. Hagen & Consf. c. Garbade, 1815, November 20.

E.=G. des O.=G. in S. Mester c. Hillmann Wittwe 1841, März 8.
E.=G. des O.=A.=G. in U.=S. c. Vogelsang, 1862, October 20.

4) Der klägerischen Behauptung eines ihnen günstigen Gewohnheitsrechts im Bremischen Staat „und damit im Landgebiete" ist in der sententia contra quam mit vollem Recht keine weitere Folge gegeben, ein Beweis darüber nicht auf-

gelegt, theils weil es der Behauptung an aller und jeder thatsächlichen Begründung fehlt, namentlich nicht angeführt ist, in welcher Weise und in welchem Umfange das Gewohnheitsrecht sich gebildet habe und erkennbar geworden sei,

cf. Savigny, System I. pag. 187,

theils weil schon jetzt nach dem Obigen ihre Unhaltbarkeit klar erhellt."

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 20. Mai 1865.

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 11. April 1864 wieder aufzuheben, und die Kläger, unter Vorbehalt des Gegenbeweises für den Beklagten, zu dem Beweise zuzulassen seien:

daß in dem Bremischen Landgebiete nach entschiedenem Gewohnheitsrecht die Mündigkeit entweder überhaupt oder doch wenigstens in Beziehung auf die Errichtung letztwilliger Verfügungen erst mit vollendetem 18. beziehungsweise 15. Lebensjahre eintrete.

Entscheidungsgründe.

Wäre, soviel die erste und principale Beschwerde der Kläger betrifft, es

A. mit dem Obergerichte als ausgemacht zum Grunde zu legen, daß in der Stadt Bremen der Termin der Testamentsmündigkeit gegenwärtig der gemeinrechtliche sei, so hätte es gar kein Bedenken, das gleiche Recht auch für das Landgebiet als geltend anzunehmen. Allein gegen jene Voraussetzung erheben sich nicht unerhebliche Zweifel.

1) Auszugehen war hier mit dem Obergerichte davon, daß ursprünglich die statutarischen Termine der Handlungsfähigkeit von 18 resp. 15 Jahren

Stat 14 und 17 von 1433

auch die der Testamentsmündigkeit waren, wofür überdies das Stat. 25 noch ein positives Zeugniß durch die Bestimmung enthält, daß ein zu seinen Jahren gekommener Bürger schuldig sei, sein Heergewäte denen zuzuwenden (to gevende), die dazu berechtigt seien, indem hier offenbar vorausgesetzt wird, daß er, ehe er zu seinen Jahren gekommen, nicht die Fähigkeit gehabt habe, auf den Todesfall zu verfügen.

Wenn die Beklagten dawider geltend machen,

a) daß die Testamente, auch die Bremischen, Römischen Ursprungs seien, und

b) daß anzunehmen sei, es habe auch in Bremen ursprünglich der frühere Mündigkeitstermin des Sachsenspiegels von 12 Jahren gegolten, und daß, wenn auch dieser Termim schon im Statute von 1303 für die Dauer der Vormundschaft auf die obigen Jahre hinausgerückt sei, doch das Gleiche für die Testamentsmündigkeit nicht anzunehmen stehe, so bedarf

ad a) der erste Grund nach dem Ergebnisse neuerer Forschungen und bei dem hohen Alter der Testamente in Bremen

Gildemeister, Beiträge Thl. 1. S. 228 f.

keiner Widerlegung. Was aber

ad b) den zweiten Grund betrifft, so ist derselbe, abgesehen davon, daß dessen Voraussetzung, im Hinblick auf das Alter der hier fraglichen Bestimmungen im Bremischen Rechte,

Oelrichs, Sammlung. Vorrede, VIII.—IX.
Donandt, Geschichte Thl. II. S. 29. 35 f 92 f.

Alles wider sich hat, um so unzutreffender, als grade die Bedenken, Kindern von 12 Jahren die freie Verfügung über ihr Vermögen zu überlassen, schon im Mittelalter der Hauptgrund zur Hinausschiebung des Mündigkeitstermins gewesen sind.

Kraut, Vormundschaft. Thl. I. S. 139.

Und wenn dabei die Beklagten, im Widerspruch hiemit, noch besonders geltend machen, daß zu einem Hinausschieben des älteren Termins für Verfügungen auf den Todesfall um so weniger Grund vorgelegen habe, als über Erbgut ohnehin nicht habe verfügt werden dürfen, wohlgewonnenes aber bei so

jungen Leuten nicht vorauszusetzen sei, so übersehen sie, daß auch in Bremen, abgesehen von der Beschränkung des Stat. 25 cit., über alle fahrende Habe, auch die ererbte, nach älterem Rechte frei verfügt werden konnte.

2) Ferner liegen erhebliche Beweise dafür vor, daß jedenfalls bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts die statutarischen Termine als diejenigen der beginnenden freien Handlungsfähigkeit im Allgemeinen in Bremen festgehalten sind. Mit den hiefür vorliegenden Zeugnissen von

Krefftinq (1606) bei Gildemeister a. a. O. Thl. 2. S. 153.
Köhnen, Diss. de majoris aetatis termino secundum ius Romanum et statutarium Bremense (1745) Cap. III. § 11.
Schoene, Diss. de tutela Bremensi (1762) Cap. VI. § 3.
Lampe, de testamentifactione Bremensi (1770) pag. 61.

gegen welche die Aeußerung in

Koch, Differentiae juris Romani, Saxonici et statutarii s. v. pubes.

nicht in Betracht kommen kann, stimmt völlig überein, was das Obergericht selbst aus den bis zum Jahre 1770 reichenden Acten über eine zu entwerfende Vormundschaftsordnung mittheilt, indem in den vorhandenen Entwürfen die noch bestehende Gültigkeit der statutarischen Termine der Mündigkeit ohne Weiteres zum Grunde gelegt wird. Und hiernach hat es jedenfalls die größere Wahrscheinlichkeit, daß eben diese Termine gemeint sind, wenn die Gerichtsordnung von 1750 von Personen redet, die „zu ihren Jahren," „zu ihren mündigen Jahren" gekommen sind.

P. II. Tit. 20. § 14 u 16.

Ja, es hat im Jahre 1808 Gildemeister die Ansicht zu begründen versucht, daß noch damals jene Termine die der Bremischen Volljährigkeit seien,

a. a. O. S. 144 f.

was von diesem Schriftsteller schwerlich hätte versucht werden können, wenn sie damals nicht einmal mehr als Mündigkeitstermine gegolten hätten. Gegen die Annahme aber, daß, während man im Uebrigen die statutarischen Mündigkeitstermine festhielt, in Beziehung auf Testamentifaction das ge-

meine Recht Eingang gefunden habe, spricht nicht nur wenigstens bis zum Jahre 1770 das bestimmte Zeugniß von

Lampe, l. c.,

sondern auch die Tendenz des Deutschen Rechts, indem aus dem oben bereits bemerkten Grunde, im bewußten Gegensatze gegen das gemeine Recht, in den meisten Deutschen Gesetzgebungen bis auf die neueste Zeit der Termin der Testamentsmündigkeit auf ein reiferes Alter hinausgerückt ist, und zwar in den meisten Rechten auf das 18te, und theilweise sogar auf ein höheres Lebensjahr.

Lübeckisches Recht:
Pauli, Abhandlungen III. S. 193 flg.
Verordnung vom 15. Febr. 1862.
Hamburger Stadtrecht III. 1 Art. 13.
Gries, Commentar II. S. 162.
Trummer, Erbrecht II. § 484.
Baumeister, Privatrecht II. § 106.
Eiderstädter Landrecht von 1591. Thl. II. Art. 10.
Dithmarsisches Landrecht von 1567 Art. 28.
Friedrichsstädter Stadtrecht Thl. II. Sect. 3. Tit. 1. Art. 14.
Hadeler Landrecht Thl. III. Tit 10 (Pufendorf, Observ. T. I. App. pag. 40.)
Lüneburger Reformation P. IV. Tit. 2. (Pufendorf, obs. T. IV. App. pag. 716—17.)
Braunschweiger Stadtrecht v. 1532. Tit. Von Giften und Testamenten (Pufendorf ebendas. pag. 117.)
Celle'sche Statuten. Tit. 10.
Frankfurter Reformation Thl. IV. Tit. 2. § 3.
Trierer Landrecht v. 1713. Tit. I. § 3.
Landrecht der oberen Grafschaft Katzenellenbogen Thl. II. Tit. 5. § 2.
Solms'sches Landrecht Thl. II. Tit. 23. § 1
Churpfälzisches Landrecht v. 1610. Thl. III. Tit 2. § 2.
Badisches Landrecht v. 1622. Thl. V Tit. 3
Der Stadt Worms Reformation v. 1498. Buch IV. Th. 3. Tit. 9.
Statuten von Freiburg i. B v. 1520. Tract. III. Tit. 5. § Wie alt. (Mannspersonen 18, Weibsbilder 20 Jahr.)
Baseler Statuten v. 1719. Thl. III. Tit. 2. § 433. (Mannspersonen 18, Weibspersonen 16 Jahr),

während andere Rechte für beide Geschlechter das 16. Lebensjahr feststellen:

Würtembergisches Landrecht Thl. III. Tit. 2. § Als Anfangs.
Tyroler Landesordnung v. 1573. Buch III. Tit. 3. verb. mit Tit. 2.
Hennebergische Landesordnung v. 1539. Buch III. Tit. 3. Cap. 1. § 1. verb. mit Tit. 6. Cap. 8.
Hohenloher Landrecht v. 1738. Thl. IV. Tit. 1. § 2.
Holsteinische Verordn. v. 1752 (Paulsen, Schlesw.-Holst. Privatrecht § 199),

und endlich noch andere Gesetzgebungen sich zwar insofern dem gemeinen Rechte mehr anschließen, als sie die Testamentsmündigkeit für beide Geschlechter auf das vollendete 14. Lebensjahr festsetzen,

Codex Bavaricus Thl. 3. Cap. 3. § 3.
Sächsisches Civilgesetzbuch § 2066.
Preußisches Landrecht Thl. I. Tit. 12. § 16
Oesterreichisches bürgerl. Gesetzbuch § 569.

beide letztgedachte jedoch mit der näheren Bestimmung, daß solche Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, nur mündlich vor Gericht sollen testiren dürfen, wodurch, besonders bei der im Oesterreichischen Gesetzbuche dem Richter zur Pflicht gemachten causae cognitio, materiell dem Deutschen Principe erheblich Rechnung getragen ist.

Aus dieser Richtung des Deutschen Rechtes würde zwar für Bremen, wenn dessen ältere Statuten keine Vorschrift darüber enthielten, nichts gefolgert werden können. Wohl aber erwächst daraus eine gewisse Unwahrscheinlichkeit, daß man von dem bestehenden späteren Termine auf den früheren gemeinrechtlichen zurückgegangen sei. Tritt nun noch hinzu, daß in Bremen die Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts die Handlungsfähigkeit für einzelne Rechtsgeschäfte erst mit einem späteren Termine als die statutarischen hat eintreten lassen;

Wechselordnung v. 1712 art. 61,
Verordnung wider heimliche Verlöbnisse vom 21. März 1750.

daß sich dagegen in diesem Zeitraume keine Spur einer Zurückverlegung der statutarischen Termine entdecken läßt, so scheint allerdings viel dafür zu sprechen, daß bis zu Ende des vorigen Jahrhunderts in Beziehung auf Testaments-

fähigkeit eine Aenderung des statutarischen Rechts nicht eingetreten sei, und es fragt sich daher,

3) ob Genügendes vorliegt, um anzunehmen, daß eine solche Aenderung seitdem stattgefunden habe.

a) Auf die in dem im Jahre 1836 erschienenen Aufsatze „die Rechte der Jugend," wie die Kläger selbst zugeben, ausgesprochene Ansicht, daß in der Stadt Bremen die Römische Testamentsmündigkeit gelte, scheint auch das Obergericht kein erhebliches Gewicht zu legen. Ueberdies würde dieser Ansicht die Meinung eines anderen Bremischen Practikers, welcher die erreichte Volljährigkeit als den jetzigen Termin der Bremischen Testamentsfähigkeit annimmt,

Deneken, Vorlesungen über einige wichtige Gegenstände des Bremischen Stadtrechts, S. 66. verb. mit S. 107 flg.

entgegenstehen. Dagegen findet das Obergericht

b) einen positiven Beweis dafür, daß, nachdem der gemeinrechtliche Volljährigkeitstermin in Bremen gesetzlich sanctionirt worden, nicht, wie Es sich ausdrückt, die Volljährigkeitstermine des Statuts zu Pubertätsterminen gemacht seien, darin, daß in einer Reihe von ihm eingesehener rechtlicher Entscheidungen sich keine Spur davon finde, vielmehr überall, wo die Dispositionsfähigkeit der minores in Frage gekommen, als ausgemachten Rechtens angesehen sei, daß darüber das Römische Recht entscheide, indem der statutarischen Termine gar nicht einmal gedacht sei. Nun ersieht man zwar nicht näher, welcher Art die Entscheidungen gewesen seien, auf welche das Obergericht hier Gewicht legt. Daß es keine über letztwillige Verfügungen sind, darf ohne Weiteres angenommen werden, da das Obergericht in seinem ersten Urtheile bezeugt, daß Präjudicate darüber nicht vorhanden seien. Sind es aber Entscheidungen über von Minderjährigen getroffene vermögensrechtliche oder andere Dispositionen, bei denen an sich die Vormundschaft in Betracht kommt, und welche die Minderjährigen, obgleich unter Vormündern stehend oder weil derselben ermangelnd, allein geschlossen haben, so würde sich gegen das Beweisende dieser Entscheidungen das

Bedenken erheben lassen, daß, wenn auch solche von minores puberes des Römischen Rechts eingegangenen Verbindlichkeiten völlig gleich behandelt sein sollten, mochten Jene unter oder über dem statutarischen Mündigkeitsalter gestanden haben, daraus für die Frage, ob dieses Alter für letztwillige Verfügungen noch Gültigkeit habe, sich nicht wohl Etwas dürfte folgern lassen: wie denn ja auch viele der oben angeführten Land- und Stadtrechte im Uebrigen die gemeinrechtlichen Mündigkeits- und Volljährigkeitstermine recipirt und gleichwohl daneben für letztwillige Verfügungen einen besonderen vom Römischen Termine abweichenden späteren beibehalten oder eingeführt haben. Indessen läßt sich, da die Bremischen Statuten eine ausdrückliche Bestimmung über Testamentsmündigkeit nicht enthalten, die Möglichkeit nicht verkennen, daß die älteren Termine der Mündigkeit, welche ja auch zugleich Volljährigkeitstermine waren, durch die Einführung der gemeinrechtlichen Volljährigkeit gänzlich aufgehoben seien und somit alle Bedeutung verloren haben.

Jedenfalls erschien es bedenklich, ohne Einsicht der vom Obergerichte seiner Entscheidung zum Grunde gelegten Acten über die Frage definitiv abzusprechen.

Auch bedurfte es dessen nicht, da selbst dann, wenn die statutarischen Termine für Testamentifaction in der Stadt noch für gültig zu erachten wären, gleichwohl

B. dem Obergerichte beigetreten werden müßte, daß ein Beweis, in dem Landgebiete gelte das gleiche Recht, zur Zeit nicht vorliege.

1) Allerdings zwar kann im Allgemeinen darauf allein, daß die Bremischen Statuten ursprünglich als ein Recht der Stadt und ihres Weichbildes aufgezeichnet sind, kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, da das Gleiche fast bei allen älteren Stadtrechten sich findet, und gleichwohl dieselben meistens im Laufe der Zeit auch in den später erworbenen Landgebieten, wenn auch mit den unter andern aus der Verschiedenheit der städtischen und ländlichen Zustände sich von selbst ergebenden Ausnahmen, theils unmittelbare, theils

subsidiäre Geltung erlangt haben. Ferner läßt sich dafür, daß das Gleiche in Bremen nicht eingetreten sei, den vom Obergerichte angezogenen Verordnungen vom 24. Mai 1827 und vom 23. November 1829 ein Beweis nicht wohl entnehmen. Es ist eine ausgemachte Thatsache, daß in einzelnen Punkten das im Gebiete geltende Recht von dem der Stadt abweicht, daß auch in neuerer Zeit einestheils für die Stadt, anderntheils für das Gebiet besondere Gesetze erlassen sind. Wenn nun in den obigen Verordnungen verfügt wird, daß, insofern eine solche Abweichung des Rechts und der Gesetzgebung Statt finde, in einigen neu erworbenen Theilen des Staatsterritoriums die Gesetzgebung der Stadt, in anderen die des Landgebiets Geltung haben sollen, läßt sich daraus für die Frage, ob nicht, insofern keine solche nachweisbare Verschiedenheit des Rechts Statt findet, das statutarische Recht auch im Gebiete Geltung gewonnen habe, nicht wohl etwas folgern.

Nun beruft sich das Obergericht zwar auch auf mehrere Präjudicate, in welchen bestimmt das Gegentheil ausgesprochen sei. Von diesen ist aber in dem beim O.-A.-Gerichte selbst ergangenen in Untersuchungssachen wider Vogelsang von 1862 nur ausgesprochen worden, daß das, ausdrücklich nur von städtischen Grundstücken handelnde Statut 44 von 1433 weder durch Gesetz noch durch Gewohnheit erweislich auf das Gebiet ausgedehnt sei, und es ergeben die Entscheidungsgründe, daß auch das andere vom Obergerichte angeführte Erkenntniß in Sachen Mester c. Hillmann von 1841 zunächst nur diese Frage und abweichend von früheren Bremischen Erkenntnissen entschieden hat; wogegen die Tragweite des noch ferner vom Obergerichte citirten, dem O.-A.-Gerichte nicht bekannten Erkenntnisses in Sachen Hagen c. Garbade von 1815 dahin gestellt bleiben muß.

Gleichwohl muß soviel zugegeben werden, daß es an dem erforderlichen positiven Beweise von der allgemeinen, wenn auch nur subsidiären Geltung des Bremischen Statuts im Landgebiete zur Zeit noch fehlt.

Das Gleiche gilt aber auch

2) von den besonderen Mündigkeitsterminen des Statuts und namentlich in Beziehung auf Testamentifaction. Zwar hat es, falls in dem jetzigen Bremischen Stadtgebiete, was den Eintritt der Handlungsfähigkeit betrifft, ursprünglich ein vom Bremischen Statut abweichendes Recht gegolten haben sollte, was nicht füglich zu bezweifeln ist, allerdings einen gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit, daß namentlich hierin, wie in anderen allgemeinen Grundsätzen, im Laufe der Zeit eine Rechtsgleichheit zwischen Stadt und Land eingetreten sei. Denn wenn das Obergericht dies aus dem Grunde bezweifelt, weil die Lehre von der Mündigkeit eine sehr wenig practische und daher angenommen werden dürfe, daß es in dieser Beziehung beim Alten geblieben sei, so würde dieser Grund schon zunächst in der Anwendung auf den vorliegenden Fall nur dann zutreffen, wenn unter dem „Alten" das gemeine Recht verstanden werden könnte, was einigermaaßen bedenklich erscheint. Sodann aber ist dem Obergerichte zwar darin beizutreten, daß der Unterschied zwischen puberes und impuberes minores, mit alleiniger Ausnahme etwa der Testamentsfähigkeit, nach jetzigem Rechte ein nur wenig practischer sei. Dagegen betraf in der früheren Zeit, von der es sich grade fragt, ob damals nicht das Statut wenigstens in diesem Punkte im Landgebiete Geltung erlangt habe, dieser Unterschied grade die Frage vom Beginn der *selbstständigen Handlungsfähigkeit* und war mithin ein höchst practischer, über welchen eine Ungewißheit des Rechts gar nicht bestehen konnte.

Auch läßt sich nicht verkennen, daß die Kläger sich für die Geltung des Statuts im Gebiete, wenigstens in diesem Punkte, mit einigem Schein auf die Verordnung vom 21. März 1750 wider heimliche Verlöbnisse berufen, insofern diese Verordnung, obgleich sie nur die Ungewißheiten heben will, welche das *Stadtrecht* (Stat. 82 v. 1433) darüber lasse, wie es sich mit den Eheversprechungen *Minderjähriger* verhalte, gleichwohl auch für das Landgebiet erlassen ist. Und das Gleiche gilt von der bereits oben berührten Gerichts-

ordnung von 1751, insofern auch diese ausdrücklich mit für das Landgebiet erlassen ist.

Allein trotz alles dessen fehlt es auch hier an einem genügenden positiven Beweise der Behauptung der Kläger und folglich würde die Frage von der Gültigkeit des streitigen Testaments lediglich nach gemeinem Rechte zu beurtheilen sein.

Es mußte daher die erste Beschwerde der Kläger als unbegründet verworfen werden.

Dagegen war

II. der eventuellen zweiten Beschwerde insoweit zu entsprechen, als dieselbe dahin gerichtet ist, den Klägern den Beweis nachzulassen, daß die Bestimmungen des Statuts über die Mündigkeit, namentlich in Beziehung auf Testamentsfähigkeit, als Gewohnheitsrecht auch im Landgebiete gelten.

Das Obergericht ist auf diese Beweisnachlassung nicht eingegangen, theils weil es der betreffenden Behauptung an aller thatsächlichen Begründung fehle, theils weil schon jetzt ihre Unhaltbarkeit erhelle. Das Letztere würde aber nur dann zutreffen, wenn schon jetzt der positive Beweis des Gegentheils dessen vorläge, worauf die Kläger sich gründen, was doch nach dem Obigen nicht der Fall ist. Zweifelhafter dagegen erscheint allerdings der erste Grund. Allein die Kläger haben denn doch schon in erster Instanz bestimmt behauptet, daß seither nie ein vor der statutarischen Mündigkeit errichtetes Testament als gültig anerkannt sei, und es erschien daher um so bedenklicher, ihnen jeden Beweis abzuschneiden, als sie denselben nach der für angemessen erachteten im Urtheile ersichtlichen Fassung auch durch den Nachweis führen können, daß im Bremischen Landgebiete überhaupt die dem Statute entsprechenden Mündigkeitstermine durch Gewohnheitsrecht Gültigkeit erlangt hätten.

Wenn aber

III. die Kläger eine weitere eventuelle Beschwerde auch gegen die erfolgte Abschneidung des Beweises ihrer Replik

richten, daß es der Testirerin an der zur Dispositions-
keit erforderlichen Verstandesreife und der Einsicht in
Betracht kommenden Erbverhältnisse gefehlt habe, so stel
diese Beschwerde als eine unbegründete dar. Denn
sinnigkeit der Testirerin ist nicht behauptet worden. F
bei solchen, die das 14. resp. 12. Lebensjahr vollendet
eingetretene Geschlechts- und also Verstandesreife streite
nach gemeinem Rechte eine gesetzliche Präsumtion,
von der individuellen Beschaffenheit in einem einzelnen
gänzlich absieht und den Beweis einer solchen ausschlie

L. 4. C. qui testam. facere (6. 22).

Druck von H. G. Rahtgens in Lübeck.

Sammlung der Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der

vier freien Städte Deutschlands

zu Lübeck.

Herausgegeben

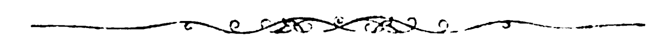
von

Dr. J. F. Kierulff,

Präsident des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte.

Jahrgang 1865.

3. Heft.



Hamburg.

W. Mauke Söhne
vormals Perthes-Besser & Mauke.

1866.

Bremen. 39.

Untersuchungssache wider A. B. E. Eckenberg wegen betrüglichen, event. fahrlässigen Bankrotts.

Die in dieser Sache in Betracht kommenden strafrechtlichen Bestimmungen der Brem. V. O. für Debit- und Nachlaßsachen vom 5. Juni 1843 sind folgende:

§ 253. Jeder Fallit, welcher zu den, Handlung, Fabrikgeschäfte oder ähnliche Hantirung Treibenden gehört, wird — — — — als fahrlässiger Bankrottirer angesehen:

a) wenn er nicht die zu einem solchen Geschäftsbetrieb erforderlichen Bücher führte, oder seit den zuletzt verflossenen zwei Jahren den dabei nöthigen Abschluß derselben unterließ, oder sich bei deren Führung sonstiger grober Nachlässigkeiten schuldig machte.

§ 254. Als betrüglicher Bankrottirer wird jeder angesehen, der sich in der Absicht, das Interesse einzelner Gläubiger oder der Gesammtheit derselben bei wirklicher oder vorgegebener Insolvenz zu beeinträchtigen, betrügliche Handlungen oder Unterlassungen zu Schulden kommen ließ.

§ 255. Als Handlungen oder Unterlassungen dieser Art gelten namentlich die folgenden:

a) jede Entstellung der Vermögenslage, welcher sich der Fallit dem Gericht oder den Vertretern der Masse gegenüber in der Absicht, das Interesse einzelner Gläubiger oder der Gesammtheit derselben zu beeinträchtigen, schuldig machte, sei es durch Verschweigung erheblicher Umstände oder durch unwahre Angaben im Vermögensstatus oder sonst;

b) — — —

e) jede in der erwähnten Absicht vom Falliten völlig unterlassene oder unrichtig geschehene Buchführung oder vorgenommene Vernichtung oder Verheimlichung seiner Bücher oder Papiere oder eines Theils derselben;

d) — — —

e) jede vom Falliten mittelst falscher Vorspiegelungen bewirkte Täuschung seines Gläubigers über seinen Vermögenszustand, wodurch er absichtlich denselben zur Ertheilung oder Verlängerung eines Credits verleitete.

§ 256. Die betrügliche Absicht des Falliten wird bei allen widerrechtlichen Handlungen oder Unterlassungen vermuthet, wobei derselbe nach der Lage und dem gewöhnlichen Laufe der Dinge erwarten mußte, daß er dadurch eine Beeinträchtigung des Interesse seiner Gläubiger herbeiführen werde.

§ 257. Diese Vermuthung tritt namentlich ein:

a) bei jeder von ihm nach erhaltenem Veräußerungsverbot direct oder indirect geschehenen Einziehung oder Empfangnahme ausstehender Activa seiner Masse;

b) — — — —

c) bei jeder unterbliebenen oder unrichtigen Angabe von Gegenständen der Masse.

§ 258. Den fahrlässigen Bankrottirer trifft eine Gefängnißstrafe von höchstens einem Jahre.

§ 259. Der betrügliche Bankrottirer wird mit einer Gefängniß- oder Zuchthausstrafe von höchstens drei Jahren belegt. Auch muß das wider ihn erlassene Straferkenntniß seinem wesentlichen Inhalte nach in allen Fällen öffentlich bekannt gemacht werden.

§ 261. Die nähere Bestimmung der Strafe in den einzelnen Fällen bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen, welches dabei den größeren oder geringeren Grad der Fahrlässigkeit oder des Betrugs des Falliten, die Gefährlichkeit der Handlung oder Unterlassung und die Größe des daraus entstandenen Schadens vorzugsweise zu berücksichtigen hat.

Das Factische und Rechtliche des Falles ist aus den, in wesentlichen Punkten von einander abweichenden, Entscheidungsgründen der beiden ergangenen Erkenntnisse zu ersehen:

1. Obergerichts-Erkenntniß
vom 20. December 1864.

Daß der Inculpat des betrüglichen und fahrlässigen Bankrotts für überführt zu erachten und deswegen, wie hiemit geschieht, in eine Zuchthausstrafe von achtzehn Monaten bei seinen Kräften angemessener Arbeit, sowie zum Ersatz der Kosten der Untersuchung zu verurtheilen sei.

Entscheidungsgründe.

Der Inculpat, im Jahre 1817 geboren, begann im Jahre 1843 hieselbst als Sattler und Tapezierer zu arbeiten. Seit 1852 betrieb er neben diesem seinem Sattlergeschäfte auch kaufmännische und andere Geschäfte, namentlich Geldverleihungen, welchen er seit dem Jahre 1856 ausschließlich oblag, indem er um diese Zeit sein Sattlergeschäft vollständig aufgegeben hatte.

Am 3. September 1863 wurde von Seiten eines seiner Gläubiger, des G. Luckhardt aus Cassel, ein Antrag auf Eröffnung eines Debitverfahrens gegen ihn bei dem Obergerichte eingereicht. In dem darauf eröffneten Verfahren stellte der Inculpat seine Insolvenz entschieden in Abrede und ein Decret des Obergerichts vom 7. September wies den Antrag des Luckhardt zurück. Am 10. September jedoch erklärte Eckenberg dem Obergerichte seine Insolvenz, wobei er einen Status einreichte, welcher ein Deficit von 17,872½ ℳ ergab. Nachdem hierauf durch Decret des Obergerichts vom 12. September ein Debitverfahren über sein Vermögen eröffnet worden war, wurden durch Decret der Commission vom 24. Septbr. zu Deputirten seiner Debitmasse Dr. Setzer und Fr. Kunoth bestellt. Diese reichten am 15. Decbr. dem Criminalgerichte eine Denunciation gegen den Falliten ein, auf welche einzugehen das Criminalgericht sich indeß nicht eher veranlaßt

fand, als bis dasselbe durch ein Decret der Debitcommission vom 4. Februar 1864 ersucht wurde, baldmöglichst ein Untersuchungsverfahren gegen den Falliten einzuleiten. In diesem dann endlich am 11. Febr. 1864 eröffneten Verfahren sind eine Reihe von Handlungen, durch welche das Verbrechen des betrügerischen resp. fahrlässigen Bankrotts begangen sein würde, zum Gegenstande der Untersuchung gemacht.

Es wird nämlich:

A. Eine unterbliebene oder unrichtige Angabe von Gegenständen der Masse,

wobei die betrügliche Absicht, das Interesse seiner Gläubiger zu beeinträchtigen, zu vermuthen ist,

§ 257 c. der Fallitordnung,

dem Inculpaten schon in der Denunciation der Deputirten zur Last gelegt, indem er danach den Deputirten die unrichtige Angabe gemacht hat, daß sich ein Pianino weniger in der Masse befinde, als in Wirklichkeit sich darin befunden hat. Die Acten ergeben in Bezug hierauf, daß dem Inculpaten von seinen Lieferanten Luckhardt und Feurich im Ganzen 29 Stück Pianinos geliefert sind. Von diesen sind drei schon längere Zeit vor der Insolvenz-Erklärung Eckenberg's im Jahre 1862 ihm geliefert und nach seiner Angabe verkauft an Schmidt, Mester und Frentzel, wobei er einer Unwahrheit nicht überführt ist, während zwei Instrumente im August 1863 dem Sattler Rautmann in Braunschweig übersandt sind. Von den hiernach noch übrig bleibenden 24 Stück ist eins als zu dem Mobiliar des Falliten gehörig im Inventar vom 15. Septbr. 1863 aufgenommen, und in [4] sind als Lagerbestand vom Falliten 23 Stück aufgegeben. Der Deputirte Kunoth erklärt nun aber auf's Entschiedenste, daß der Fallit ihm angegeben habe, es seien auf dem Lager bei Blasius an der Langenstraße 19 Stück vorhanden und vier Stück in seiner Wohnung, und zwar unter diesen letzteren vier Stück das zu seinem Mobiliar gehörige mit eingerechnet, während es sich gezeigt hat, daß bei Blasius 20 Stück am Lager gewesen seien. Bei der in Gegenwart des Falliten vorge-

nommenen Inventur wurden hievon nur 17 Stück inventarisirt. Nach Aussage der Notare Dr. Bredenkamp und Dr. Albers ist es dem Inculpaten bekannt geworden, daß nur 17 Instrumente inventarisirt seien, und hat er das Inventar selbst unterschrieben, während er doch wissen mußte, daß eine größere Anzahl sich am Lager befand. Er soll denn auch bei der Inventur behauptet haben, es müßten 18—19 Stück vorhanden sein, was immer nicht die richtige Zahl war, da jedenfalls ein Stück mehr noch am Lager war. Statt den Irrthum aber alsbald aufzuklären, wie es des Falliten Schuldigkeit gewesen wäre, sind die Deputirten erst am Tage nach der Inventur durch Blasius davon benachrichtigt, daß sich mehr als 17 Instrumente dort am Lager befinden müßten. Auf die Angabe des Falliten hin hat dann der Deputirte Kunoth den Schein [9] zur Abholung von 19 Stück Pianinos aus dem Hause des Blasius ausgestellt. In diesem Scheine hat der Fallit die Zahl 19 in 20 verändert und nicht sofort den Deputirten hiervon Anzeige gemacht, sondern erst am 14. December zugestanden, daß sich noch ein Instrument bei Blasius befinde. Inzwischen hatte aber der Fallit ohne Vorwissen der Deputirten und obwohl ihm nicht die Befugniß ertheilt war, für Rechnung der Masse Pianinos definitiv zu verkaufen, zwei Instrumente verkauft, nämlich eines an Nielsen und eines an Schröder. Das dafür empfangene Geld lieferte er nicht sofort ab, sondern erst später, und auch dann noch nicht unter Angabe des richtigen Namens der Käufer. Zugleich ließ er die in seine Wohnung gebrachten Instrumente von einem Zimmer in das andere stellen, offenbar nur, um auf diese Weise es den Deputirten zu erschweren, den wirklichen Bestand der Masse an Pianinos zu erkennen, wodurch es ihm dann möglich geworden wäre, den Erlös für eines der Pianinos der Masse zu entziehen. Unter diesen Umständen muß man unbedenklich bei der Aussage der Deputirten stehen bleiben, und es muß der Inculpat, wenn nicht schon wegen Unterlassung der richtigen Angabe bei der Inventur, doch jedenfalls in Betreff eines Pianinos als

einer Verheimlichung oder unrichtigen Angabe für überführt angenommen werden. —

B. Desgleichen ist eine betrügerische Absicht des Falliten bei der Empfangnahme des Kaufpreises für die an Schröder und Nielsen verkauften Instrumente anzunehmen.

Fallitordnung § 257 a.

Indem der Inculpat zugiebt, daß ihm von den Deputirten die Ermächtigung zum Verkaufe der Instrumente nicht ertheilt sei, war seine im November, also nach dem ihm ertheilten Veräußerungsverbot, vorgenommene Disposition über die Activgegenstände der Masse eine widerrechtliche. Die unrichtige und zwar offenbar wider besseres Wissen unrichtige Angabe des Namens der Käufer, sowie die verspätete Ablieferung des Kaufpreises, indem er den von Schröder bezahlten erst 14 Tage nach Empfang des Geldes ablieferte, bestätigt im vorliegenden Falle die gesetzliche Vermuthung. Daß die Deputirten nachträglich die Verkäufe haben gelten lassen, und daß ihnen das vom Falliten eingezogene Geld später ausgeliefert ist, hebt die Widerrechtlichkeit seiner Handlungsweise nicht auf, wenn schon die Strafbarkeit derselben eine geringere scheint, als wenn er das Geld schließlich ganz für sich behalten oder verwandt hätte.

Was diese vom Falliten vorgenommenen Verkäufe im Einzelnen betrifft, so ist

1) Vom Falliten an Nielsen ein Instrument für 165 ℳ verkauft und er hat diese Summe ausbezahlt erhalten am 28. November. Er hat davon nur 150 ℳ als Erlös aus dem Verkaufe eines Pianinos an einen gewissen Pape abgeliefert. Die Summe von 15 ℳ will Inculpat als Provision an einen Musiklehrer, der das Pianino für den Käufer besichtigt und ausgesucht haben soll, bezahlt haben. Nach der Aussage des Zeugen Nielsen, daß er selbst nur direct mit Eckenberg über den Ankauf des Instrumentes verhandelt und einen Musiklehrer überall nicht zugezogen habe, ist jene Ausrede des Falliten ersichtlich unwahr, wie er denn auch weder den angeblichen Musiklehrer näher bezeichnen kann,

noch eine Quittung von demselben erhalten haben will. Dazu kommt, daß er einen falschen Namen als den des Käufers den Deputirten aufgab, was sich eben nur dadurch erklärt, daß er eine Entdeckung seiner Unterschlagung der 15 ℛ bei Angabe des rechten Käufers Nielsen, mit dem die Deputirten muthmaßlich über den Kauf sprechen oder verhandeln würden, dadurch zu vermeiden hoffen mochte, während es zugleich im höchsten Grade unwahrscheinlich ist, daß er den Käufer Nielsen nicht gekannt hätte, dessen Namen er aber doch jedenfalls bei Ausstellung der Quittung an denselben, sowie bei seiner Verhandlung mit H. Schröder, der sich darauf berief, daß Nielsen einen Rabatt erhalten hätte, erfuhr. Es braucht also nicht darauf hingewiesen zu werden, daß schon die eigenmächtige Verfügung über 15 ℛ von den erhaltenen 165 ℛ, wenn der Fallit jene Summe an einen Musiklehrer bezahlt hätte, eine Widerrechtlichkeit gewesen wäre, sondern es ist vielmehr der Inculpat einer Entziehung dieses Activi der Masse ad 15 ℛ als überführt anzunehmen.

2) An H. Schröder verkaufte der Inculpat ein Pianino für 160 ℛ und außerdem für 9½ ℛ Tischzeug ꝛc. Er erließ beides zusammen dem Käufer für 160 ℛ und verkaufte diesem außerdem noch für 40 ℛ Tischzeug und Tuchwaaren. Am 1. December erhielt Eckenberg das Geld, lieferte aber erst am 15. December den Deputirten 150 ℛ als Kaufpreis für ein verkauftes Pianino ab und am 18. December 9½ ℛ für verkauftes Leinen. Daß er die von Schröder erhaltenen 40 ℛ ebenfalls den Deputirten abgeliefert habe, behauptet Inculpat zwar, doch wird es von den Deputirten in Abrede gestellt. Nach der speciellen Aufgabe dieser hat der Inculpat am 18. December nur 32 ℛ 36 Gr. abgeliefert, in welcher Summe 11 ℛ 36 Gr. stecken, welche Inculpat aus einem Verkaufe an J. C. Müller mehr erhoben, als abgeliefert hatte, und zu dessen Nachzahlung er erst durch die Vorstellungen der Deputirten veranlaßt ist. Wenngleich nun keineswegs die wünschenswerthe Genauigkeit in den Angaben der Deputirten herrscht, so geht daraus doch so viel

hervor, daß die 40 ℳ, welche Inculpat von Schröder erhoben hat, ihnen nicht abgeliefert sind; ferner, daß die 11½ ℳ, welche von Müller erhoben sind, ebenfalls nicht eher abgeliefert sind, als bis von den Deputirten der Eingang dieser Summe entdeckt war, und endlich, daß von dem Falliten den Deputirten weder eine Abrechnung und specielle Aufgaben über die von ihm vorgenommenen Verkäufe von Gegenständen der Masse, wie es ihm ausdrücklich, bei der ihm ertheilten Ermächtigung, kleine Verkäufe aus der Masse vorzunehmen, vorgeschrieben war, ertheilt, noch das erhobene Geld jedes Mal sofort abgeliefert ist, so daß derartige Transactionen, wie er sie mit H. Schröder vornahm, offenbar nicht in seiner Befugniß standen und als widerrechtliche Handlungen im Sinne der Fallitordnung erscheinen.

Was die in [27] weiter erwähnten Verschleppungen von Pianinos anlangt, deren der Inculpat verdächtig geworden ist, so hat die Untersuchung den Verbleib der sämmtlichen 29 Pianinos, welche Inculpat von Feurich und Luckhardt seit 1862 erhalten hat, wie schon oben erwähnt, festgestellt. Nach der Aussage des Zeugen H. Rautmann zu Braunschweig hat dieser bereits im Februar 1863 mit dem Eckenberg die Vereinbarung getroffen, daß der Preis für zwei ihm von Letzterem zu übersendenden Pianinos auf das Kostgeld für den bei Rautmann in Kost und Logis gegebenen Sohn des Falliten für die Jahre von Februar 1863 bis Ostern 1864 berechnet werden solle. Nach einem unter den bei der Haussuchung saisirten Papieren [31] sich findenden Scheine hat Rautmann den Empfang der Pianinos und damit über das Kostgeld des Sohnes des Inculpaten erst per 5. August 1863 quittirt, also nicht viel über vier Wochen vor der Insolvenzerklärung Eckenberg's. Es stimmt damit die Angabe des Zeugen, daß ihm im August 1863 die Pianinos übersandt seien. Inculpat hat hierüber eine gleiche Angabe gemacht, bei der in Ermanglung weiterer desfallsiger Erhebung stehn zu bleiben ist, ohne daß in dieser Transaction eine criminell strafbare Handlung zu erkennen wäre.

C. Entstellung der Vermögenslage dem Gericht und den Vertretern der Masse gegenüber, in der Absicht, das Interesse der Gläubiger zu beeinträchtigen, und

D. Die in der vorerwähnten Absicht vom Falliten unterlassene oder unrichtig geschehene Buchführung, oder vorgenommene Vernichtung oder Verheimlichung eines Theils seiner Bücher und Papiere.

Die nach Maßgabe des

§ 255 a. und c. der Fallit-Ordnung

das Verbrechen des betrüglichen Bankrotts begründenden Handlungen stehen im vorliegenden Falle mit einander in genauem Zusammenhange. Der Fallit hat nämlich wie in seinem Status, so auch vor Gericht angegeben:

1) seiner Mutter (und nach ihrem Tode den Erben derselben, seinen Kindern) stehe eine hypothekarische Forderung von 11,250 ℛ︁ zu, und

2) seiner Ehefrau eine Forderung aus Brautbriefen ad 6000 ℛ︁.

Daß diese Forderungen in Wahrheit begründet seien, ist vom Falliten nicht nur nicht nachgewiesen, sondern das Gegentheil hiervon durch die Untersuchung herausgestellt. Ist dies aber der Fall, so ist auch die betrügerische Absicht des Falliten bei Aufstellung dieser Forderungen, durch deren Geltendmachung das ganze Activum der Masse den übrigen Gläubigern entzogen und zu Gunsten seiner Kinder und Ehefrau absorbirt werden würde, evident, wie nicht minder, daß die Absicht, seine Gläubiger zu beeinträchtigen, bei der unrichtig geschehenen Buchführung auf Seiten des Falliten obgewaltet habe, mithin die gesetzlichen Merkmale vorhanden seien, wodurch diese Handlungen als betrüglicher Bankrott im Sinne des citirten § 255 der Fallitordnung charakterisirt werden.

Was zunächst die Buchführung des Inculpaten anlangt, so hat er zugegeben, seit 1852 neben seinem Sattlergeschäfte und seit 1856 ausschließlich kaufmännische Geschäfte geführt zu haben. Die zu einem solchen Betriebe erforderlichen Bücher hat er nicht geführt, es sind vielmehr, wie aus der vom In-

culpaten nicht bestrittenen Angabe des Zeugen Blasius hervorgeht, die mit dem Jahre 1856 anfangenden Bücher nicht in diesem Jahre 1856 und auch nicht in den Jahren 1859 und 1860, wie der Inculpat — Prot. S. 26. 96. — angegeben, angelegt und seitdem fortgeführt, sondern erst im Jahre 1863 vom Mai bis August angefertigt, und zwar durch den Zeugen Blasius nach Aufzeichnungen, die ihm der Fallit vorgelegt hat, während das Lagerbuch und die Abschlüsse und Completirungen der todten Conti im Hauptbuche erst im September 1863 durch den Zeugen Bartels in Auftrag des Falliten angefertigt sind, also unmittelbar oder resp. kurz vor der Insolvenz-Erklärung des Inculpaten.

In den Büchern, welche Eintragungen vor 1859 enthalten, ist die auf der Etikette des Fabrikanten gedruckt gewesene Jahreszahl 1859 entfernt, was augenscheinlich nur zu dem Zwecke geschehen sein kann, die spätere Anlegung der Bücher zu verdunkeln. Daß diese Bücher aber nicht nur später angelegt, sondern auch unrichtig sind, und zwar nicht bloß in unwesentlichen Punkten, sondern in den für die Beurtheilung der Vermögenslage grade erheblichsten Posten, ergiebt sich aus dem in dem Berichte des mit der Prüfung der Bücher beauftragten Buchhalters Engel, verglichen mit den Büchern, ohne daß der Fallit im Stande gewesen, die Widersprüche oder Unrichtigkeiten aufzuklären.

Außer diesen in [16] gedachten Unrichtigkeiten und der, daß das Immobile gar kein Conto hat, ist hervorzuheben, daß die im Geheimbuch S. 1. specificirten und daselbst S. 5. auf das Conto des Falliten gebuchten Forderungen ad 13,400 ℳ sämmtlich realisirt sind, ohne daß sich darüber in den Büchern etwas findet, so wie ferner, daß ein Gleiches von den drei ersten Posten des Credits des Falliten im Geheimbuch S. 5 gilt, so daß der Buchhalter Bartels zu der Annahme veranlaßt werden mußte, diese als Activa aufgeführten Posten seien noch unrealisirt nach wie vor vorhanden. Hätte der Fallit nicht absichtlich seine Vermögenslage entstellen wollen, so hätte er den mit der Anlegung und Abschließung der

Bücher beauftragten Bartels und Blasius diese als sein Credit im Geheimbuche notirten Posten als unrealisirte nicht aufgeben dürfen, nachdem dieselben längst realisirt gewesen; nicht minder hätte eine Abschreibung der als verloren zu betrachtenden Debitores stattfinden müssen, und endlich hätte, wenn wirklich die Mutter des Falliten seine Gläubigerin gewesen wäre, deren Conto, sowie für den gleichen Fall das seiner Ehefrau geführt und abgeschlossen werden müssen.

Was diese Forderungen der Mutter des Falliten und dessen Ehefrau betrifft, so findet sich von der letzteren in den Büchern keine Spur, während nach den Büchern die erstere Forderung 19,550 ℳ beträgt. Der Fallit giebt jedoch an, diese Forderung seiner Mutter betrage nur 11,250 ℳ. Für diesen Betrag existiren vom Falliten gezeichnete Obligationen, welche der Obergerichtsanwalt Dr. A. Castendyk dem Gerichte vorgezeigt hat.

Die Forderung soll herrühren aus baaren Geldzahlungen, welche die J. Eckenberg Wittwe ihrem Sohne gemacht haben soll. Die desfallsigen Angaben des letzteren darüber sind jedoch in einem solchen Grade schwankend und sich widersprechend, daß in Verbindung mit den sonstigen Ermittelungen die Fiction dieser Forderung als erwiesen angenommen werden muß. Der Inculpat will nämlich im Jahre 1856 ein Vermögen von 24,000 ℳ gehabt haben; davon sollen 6000 ℳ das Vermögen seiner Frau sein, 3000 ℳ von seiner Mutter herrühren. Diese 3000 ℳ sind dieser aber so wenig gutgeschrieben, wie die 3300 ℳ, welche er im April/Juli 1862 baar von seiner Mutter empfangen haben will und sich im Geheimbuch S. 7 creditirt hat. Zu einer andern Zeit sagt er, sein angebliches Vermögen, was er 1856 besessen haben will, rühre von seinen Verwandten her, „seine Mutter habe ihm das Geld gegeben"; diese habe ihm 1856 schon 20,000 ℳ gegeben. Ueber die Differenz seiner Angabe im Status, wonach die Forderung nur 11,250 ℳ betragen soll, während die Mutter im Geheimbuch mit 22,550 ℳ creditirt ist, oder unter Absatz der nachträglich von dem Buch-

halter Engel auf Angabe des Inculpaten hin davon abgesetzten 3000 ℳ mit 19,550 ℳ, weiß er nichts andres anzugeben, als daß die Rückzahlungen nicht im Geheimbuch mit angegeben seien, ohne diese in der Casse oder nur einmal den einzelnen Beträgen nach nachweisen zu können.

Die Reducirung dieser Forderung auf 11,250 ℳ findet also nur darin eine Erklärung, daß nur für diese Summe Obligationen vorhanden sind. Diese Obligationen sind übrigens nicht einmal bei der Inventur des Nachlasses der Mutter in diesem vorgefunden, sondern durch den Falliten selbst nachträglich zu dem Dr. Castendyk gebracht. Von zurückgegebenen oder erledigten Obligationen über die angeblich rückgezahlten Summen, die nach dem Geheimbuche ebenfalls gegen Obligationen gegeben sein sollen, findet sich keine Spur.

Auf die Frage, woher denn seine Mutter das Geld gehabt habe, giebt Inculpat an, theils von seinen Oheimen, theils von seinem Bruder, der sehr viel hinterlassen habe. In Bezug hierauf ist nun aber ermittelt, daß sein Bruder im Jahre 1844, noch ehe er sich etablirt hatte, 25—26 Jahr alt, gestorben ist, und zwar, wie sich aus den Aussagen der Zeugen Helmering, H. Meyer, G. P. Meyer und Hansen ergiebt, ohne je Vermögen besessen zu haben, indem er als Lehrling und später als Commis im Krämergeschäfte nur ein geringes Salair bezog und keine sonstige Einnahmequelle hatte, aus der er seiner Mutter etwas Erhebliches hätte hinterlassen können.

Von den beiden Oheimen des Inculpaten konnte die Mutter aber ebenso wenig etwas erhalten haben. Denn, wie aus dem am 22. November 1852 verlesenen Testamente derselben hervorgeht, ist ihr nur der Nießbrauch der Hälfte des Nachlasses der beiden Brüder Andreas und Diedrich Eckenberg vermacht, während das Vermögen selbst dem Falliten und seinem Bruder und nach des letzteren Tode dem ersteren allein zugefallen ist.

Daß diese Oheime aber bei ihren Lebzeiten schon ihrer Schwägerin ein so erhebliches Capital sollten haben zufließen

lassen, darüber erhellt nicht nur nicht das Geringste, sondern es ist allen Umständen nach das Gegentheil als gewiß anzunehmen.

Wie nämlich die mit den einschlagenden Verhältnissen genau bekannten Zeugen de Vries, Helmering und Hansen angeben, ist nach dem Tode des Vaters des Inculpaten, eines Friseurs, der mittellos gestorben ist, dessen Wittwe mit ihren Kindern zu den Brüdern ihres Mannes, welche als Junggesellen am Geeren wohnten, gezogen und haben diese für die Familie ihres Bruders gesorgt, während die Wittwe selbst ohne Vermögen war. Die Brüder A. und D. Eckenberg werden als sehr sparsam und verschlossen geschildert, und es erscheint, wie gesagt, undenkbar, daß sie bei ihren Lebzeiten, nachdem sie schon im Jahre 1834 ein wechselseitiges Testament oder einen Erbvertrag errichtet hatten, wodurch der Eine zu Gunsten des Andern der Disposition über ihr Vermögen bis auf eine Summe von 2000 ₰ sich begeben hatte, außer dem Lebensunterhalte der Wittwe ihres Bruders noch einen Theil ihres Vermögens sollten gegeben haben.

Da hiernach die J. Eckenberg Wittwe weder von ihrem Sohne, noch von ihren Schwägern, und zwar weder bei deren Lebzeiten, noch nach deren Tode irgend erhebliches Vermögen erhalten haben kann, so muß die desfallsige Angabe des Inculpaten nothwendig für falsch gehalten werden. Ferner aber, da bei dem Tode ihres Ehemannes kein Vermögen vorhanden war, sie vielmehr von den wohlhabenden Oheimen mit ihren Kindern aufgenommen wurde, das ihr gehörige Haus, welches als ein Activum anzusehen wäre, erst später, im Jahre 1860, realisirt worden ist, muß es als gewiß angenommen werden, daß sie keine Mittel gehabt habe, um ihrem Sohne Beträge bis zu 20,000 ₰ zu geben, oder auch nur bis zu 11,250 ₰.

Ob der Fallit von seinen gedachten beiden Oheimen die im Journal von 1856 per Geheimbuch-Conto creditirten 20,400 ₰, welche die im Geheimbuch p. 5 auf Capital-Conto des Falliten creditirten drei ersten Posten wenigstens der Summe nach begleichen, unter Absatz des letzten Postens der

Specification auf Fol. 1 des Geheimbuchs ad 3000 ℛ, als aus dem väterlichen Hause des Falliten herrührend, ererbt habe, muß dahin gestellt bleiben. In diesem Falle konnte

Posten 1 des Capital-Conto ad		13,400 ℛ
abzüglich gedachter		3000 —
		11,400 ℛ
und Posten 2 Bremer Staatspapiere	6000 ℛ	
zuzüglich jener	3000 —	9,000 —
		20,400 ℛ

die gedachten Posten des Journals begleichend angesehen, werden. Nach der Angabe des Inculpaten ist diese Annahme indeß ausgeschlossen, da er aus dem Nachlasse seiner Oheime nur ca. 6300 ℛ ererbt haben will, es wäre denn, daß dieser Nachlaß, der von Dritten, jedoch ohne bestimmten Anhalt, höher geschätzt ist, vom Falliten behufs der Erbschaftsabgabe geringer angegeben wäre, als derselbe wirklich gewesen ist.

Nicht besseren Anschein, als mit dieser Forderung der Mutter, hat es mit der Forderung der Ehefrau ad 6000 ℛ. In den Büchern kommt hievon nichts vor. Der Inculpat giebt vielmehr an, in dem auf sein Capital-Conto im Geheimbuche notirten Betrage von 24,000 ℛ stecke auch das Vermögen seiner Frau, was ganz in Bremer Staatspapieren angelegt gewesen sei, eine Angabe, die mit der Buchung selbst, wonach die Forderung nicht in sein Debet, sondern in sein Guthaben gestellt ist, schlecht genug paßt. Auch die Erklärung des Falliten, daß seine Frau ihm dieses Vermögen überwiesen habe, würde dafür nicht genügen, da er in seinem Debitverfahren die Forderung als eine der Frau zuständige angiebt. Sieht man aber auch von diesem im vorliegenden Falle, indem die Bücher überhaupt wenig oder Nichts beweisend sind, weniger bedeutenden Umstande ab (zumal da die Bücher erst mit dem Jahre 1856 beginnen, während die Ehepacten schon von 1849 datiren), so entbehrt die Angabe des Inculpaten darüber, wie seine Frau ein Vermögen von 6000 ℛ erhalten haben soll, jeder Glaubwürdigkeit. Es soll

die Mutter 1200 ℛ, der Bruder 1200 ℛ, die beiden Oheime jeder 1200 ℛ und er selbst seiner Braut 1200 ℛ geschenkt haben, und zwar schon bald nach der Verlobung 1843, während die Ehe erst im Februar 1849 abgeschlossen ist. Die nachträglich vernommene Ehefrau des Inculpaten giebt eine ähnliche Erklärung über die Entstehung ihres angeblichen Vermögens ab, nur daß ihre Angabe nicht ganz mit der ihres Mannes stimmt, indem die Mutter, die beiden Onkel und ihr Schwager jeder 1500 ℛ beigesteuert haben sollen, was denn freilich auch die Summe von 6000 ℛ ausmachen würde. Dieser Widerspruch zwischen den Angaben des Inculpaten und seiner Ehefrau läßt die Erzählung an sich schon ganz unzuverlässig erscheinen. Hiezu kommt aber, daß es nach den vorerwähnten Zeugen-Aussagen gewiß ist, daß weder der Bruder des Inculpaten im Jahre 1843 ein Vermögen gehabt hat, von dem er der Verlobten seines Bruders 1200 ℛ oder 1500 ℛ hätte schenken können, noch daß der Mutter des Inculpaten derartige Mittel zu Gebote gestanden haben. Der hohen Unwahrscheinlichkeit der Erzählung überhaupt zu geschweigen, wäre es ferner denn doch kaum denkbar, daß über eine so wichtige Transaction, wenn sie wirklich stattgefunden hätte, gar keine Aufzeichnung irgend einer Art vorgekommen wäre, oder daß die Frau sich nicht zu erinnern wüßte, ob irgend ein Document darüber aufgenommen wäre. Nach der Angabe des Inculpaten will er seiner Braut die Bremer Staatspapiere, in denen das Geschenk angelegt sein soll, übergeben haben, die Frau will die Staatspapiere kurz vor der Hochzeit in Braunschweig von dem Onkel Andreas erhalten haben, vielleicht auch schon vorher in Bremen. Sie will auch vor der Hochzeit schon mehrfach Geld von dem Onkel erhalten haben, wie sie glaubt Zinsen dieser Capitalien. Wenn sie aber von 6000 ℛ $3\frac{1}{2}$ % Zinsen, also jährlich 210 ℛ, von 1843 bis 1849 erhalten hätte, so müßte, da diese Summe für ihre Verhältnisse eine sehr beträchtliche war, ein solcher Umstand nothwendig des Genaueren sich ihrem Gedächtnisse eingeprägt haben. Alle diese hier gedach-

ten Anzeigungen, zu der die allgemeine kommt, daß der Inculpat eine Persönlichkeit ist, zu der man sich der That versehen kann, stehen dergestalt unter sich im Zusammenhange, daß vernünftiger Weise keine andere Erklärung zulässig erscheint, als die, daß die Erzählung des Inculpaten über den Erwerb des Vermögens von Seiten seiner Frau nur erfunden, und die Aufstellung einer Forderung derselben wider besseres Wissen, in der Absicht seine Gläubiger zu beeinträchtigen, geschehen sei, daß in Wirklichkeit aber die Ehefrau des Falliten die Summe von 6000 ℛ in die Ehe nicht inferirt habe.

Außer diesen unrichtigen Angaben über die Forderungen seiner Mutter resp. deren Erben und seiner Ehefrau ist Inculpat einer ferneren Entstellung seiner Vermögenslage durch die Notirungen in dem Hausstands-Contobuche für überführt zu halten, indem, wie eine Durchsicht dieses Buches zeigt, die eingetragenen Posten dem wirklichen Sachverhalte nicht entsprechen, da dieselben zum Theil die verschiedensten Ausgaben in einer Summe zusammenfassen, zum Theil willkührlich verändert sind, um eine gewisse Gesammtsumme heraus zu bringen, und zum Theil wirklich gar nicht gemachte Ausgaben enthalten, wie z. B. auf der letzten Seite per 5. August 400 ℛ für die zwei an Rautmann gesandten, aber keinesweges bezahlten Pianinos ausgeworfen sind. Daß der Fallit wirklich die notirten Ausgaben für seinen Haushalt gemacht habe, also durchschnittlich über 3000 ℛ per Jahr sollte verzehrt haben, ist auch nach seinen Verhältnissen gar nicht anzunehmen, da er ein Haus an der Roßstraße im Werthe von kaum 4000 ℛ bewohnte und Luxus-Ausgaben sich unter den notirten Posten nicht finden, wenigstens nicht nennenswerthe.

Das Resultat einer Prüfung der Acten ist mithin das, daß der Inculpat die erst im Jahre 1863 vorgenommenen Buchungen, sei es sämmtlich oder doch bei Weitem die meisten oder erheblichen, in der Absicht, seine Vermögenslage zu entstellen und das Interesse seiner Gläubiger zu beeinträchtigen, unrichtig gemacht und namentlich um die unwahre Angabe aufrecht zu erhalten, daß seiner Frau und seinen Kindern

bevorzugte Forderungen von resp. 6000 ₰ und 11,250 ₰ zuständen, Forderungen, welche, wie die adjungirten Debit-Acten ergeben, das ganze Activum der Masse ad ca. 11,000 ₰ bei einer präferenzmäßigen Vertheilung absorbiren würden, was denn auch als ein Hauptgrund benutzt ist, die Creditoren zur Annahme eines Accordes von 20 % zu bewegen.

Diese betrüglichen Handlungen, welche nach

§ 255 und § 254 der Fallitordnung

den Inculpaten als betrüglichen Bankrottirer erscheinen lassen, sind nach

§ 261 eod.

in Bezug auf die dadurch verwirkte Strafe als die schwersten anzusehen, sowohl nach dem Grade des geübten Betrugs, der Machinationen des Falliten, als auch nach ihrer Gefährlichkeit und der Größe des daraus für die Gläubiger resultirenden Schadens. Außerdem ist dem Obigen nach der Inculpat einer unterlassenen oder unrichtigen Angabe von Gegenständen der Masse für überführt zu erachten, indem er den Deputirten der Debitmasse mindestens ein zur Masse gehöriges Pianino verheimlichte, sowie der oben sub B. 1 und 2 gedachten widerrechtlichen Einziehung und Empfangnahme von Activis der Masse, Handlungen, welche nach

§ 256, 257 eod.

ebenfalls das Verbrechen des betrüglichen Bankrotts begründen. Neben dem Verbrechen des betrüglichen Bankrotts fällt dem Inculpaten auch ein fahrlässiger Bankrott zur Last, indem er seit 1856, von welcher Zeit an er kaufmännische Geschäfte geführt hat, nicht die für diesen Betrieb erforderlichen Bücher führte.

Der Inculpat ist ausweise der adjungirten Acten schon einmal wegen Vergehens gegen das Eigenthum, wegen Diebstahls bestraft, sowie mehrere Male wegen Vergehens wider die Sittlichkeit. Wenn nun auch diese früheren Bestrafungen nicht geeignet sind, die jetzt wider den Inculpaten zu erkennende Strafe zu erhöhen, so sind dieselben doch insofern nicht für unwesentlich zu halten, als nach diesen Antecedentien der

Inculpat als ein Mensch erscheint, bei dem die gesetzlich in den schwereren Fällen des betrüglichen Bankrotts in Anwendung zu bringende Strafe des Zuchthauses auszuschließen keine Gründe vorliegen. Es ist daher bei der Erheblichkeit, Gefährlichkeit und Geflissenheit des Betruges im vorliegenden Falle nach Maßgabe von

§ 259, 261 der Fallitordnung

eine mindestens auf die Hälfte des gesetzlichen Maximums zu bemessende Zuchthausstrafe wider den Inculpaten zu erkennen. Neben der öffentlichen Bekanntmachung des Urtheils, welche durch den

§ 259 alleg.

geboten ist, mußte es sich empfehlen, auch eine Mittheilung des Urtheils an die Debit-Commission zu verfügen, da bei den Verhandlungen in dem Debitverfahren, ausweise der adjungirten Acten, wesentlich die Voraussetzung sich geltend gemacht hat, daß die Activa der Masse durch die Forderungen der Ehefrau und der Kinder des Falliten absorbirt werden.

---

2. Oberappellationsgerichts-Erkenntniß vom 20. Mai 1865.

Daß die Einwendungsfrist der Berufung für gewahrt, deren Rechtfertigung jedoch für ausgeschlossen zu erachten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 20. December 1864, wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, die dem Angeschuldigten zuerkannte Zuchthausstrafe jedoch unter Verurtheilung desselben in die Kosten gegenwärtiger Instanz, auf die Dauer von neun Monaten herabzusetzen sei.

Entscheidungsgründe.

Das Ober-Appellationsgericht hat von jeher die in § 612 der Bremer Gerichts-Ordnung für die Rechtfertigung der Berufung verordnete sechswöchige Frist als Nothfrist angesehen. Wenn mithin eine Bitte um deren Erstreckung nach Ablauf der Frist von dem Criminal-Gericht gewährt sein sollte, so ist

die später eingereichte Rechtfertigung dessen ungeachtet als ausgeschlossen zu betrachten, wie das Ober-Appellationsgericht gleichfalls schon früher erkannt hat.

Brem. Behnken und Solger 15. Juni 1835 p. 4. 5.

Da nun in dem vorliegenden Fall die Fristbitte erst am 43sten Tage nach Eröffnung des Urtheils eingereicht worden ist, so konnte die Rechtfertigung bei der Beurtheilung nicht berücksichtigt werden, und war, wie gleichfalls vom Oberappellationsgericht schon früher erkannt ist, anzunehmen, der Angeschuldigte habe sich über den ganzen Inhalt des Obergerichts-Urtheils beschwert.

Der Angeschuldigte ist des betrügerischen Bankrotts, seines Leugnens ungeachtet von dem Obergericht für überführt erachtet; und wird von demselben dieses Verbrechen in folgenden Umständen gefunden:

I. In unrichtigen Angaben in Betreff des Activbestandes seiner Masse. Dieselben sollen

1) möglicherweise schon darin zu finden sein, daß der Angeschuldigte das [10] U. A. ersichtliche Inventar, welches vier Pianinos in der Wohnung des Angeschuldigten aufführt, von denen eins zum Privatgebrauch seiner Familie bestimmt war, und 17 auf dem Lager in der Langenstraße Nr. 130, unterschrieben hat, während er doch habe wissen müssen, daß sich eine größere Anzahl am Lager befunden habe.

Allein die eidlichen Aussagen der beiden Notare, welche das Inventar aufgenommen haben, gehen dahin, daß die Pianinos auf einem niedrigen dunklen Boden nebst anderen Waaren gelagert hätten, daß es schon ziemlich spät gewesen sei, und die Luken hätten geöffnet werden müssen, um zu sehen; daß dreimaliger Zählung ungeachtet nur 17 Stück vorgefunden seien; und endlich, daß der Fallit schon gleich nach der ersten Zählung und wiederholt später die Ansicht geäußert habe, es müßten 18 bis 19 Stück dort lagern. Wenn nun diese Aeußerung in das Inventar nicht aufgenommen worden ist, und der Fallit es dennoch unterschrieben hat, so kann demselben hieraus um so weniger ein Vorwurf gemacht

werden, als das Protokoll über die Inventur am Schlusse den Zusatz enthält, der Fallit wolle, falls etwas vergessen sein sollte, dem Notar solches getreulich anzeigen. Die Unterschrift für sich allein enthält hienach keine unter § 257 c. der Verordnung für Debit- und Nachlaß-Sachen fallende unterbliebene oder unrichtige Angabe von Gegenständen der Masse, woraus eine betrügerische Absicht des Falliten entnommen werden müßte. Denn dieser § bildet nur eine nähere Erläuterung des § 256, und hier ist ausdrücklich hinzugefügt, der Fallit habe nach der Lage und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge bei seiner Handlung erwarten müssen, daß eine Beeinträchtigung des Interesses der Gläubiger durch solche werde herbeigeführt werden. Das läßt sich aber nicht annehmen, wenn ein Fallit bereits bei Aufnahme der Inventur sich so erklärt, wie hier geschehen ist. Alles kommt mithin darauf an, in welcher Weise der Angeschuldigte sein Versehen später beseitigt hat. In dieser Beziehung hat ihn nun das Obergericht

2) einer betrüglichen Verheimlichung oder unrichtigen Angabe in Betreff eines Pianinos um deswillen für überführt angesehen, weil er den wahren Sachverhalt den Deputirten nicht sofort angezeigt; weil er ferner in dem Auslieferungsschein [9] die angeblich auf seine, in Uebereinstimmung mit der an die Notare gemachten Angabe, von Kunoth gesetzte Zahl „19" in „20" verwandelt, und die Deputirten erst von Blasius hätten erfahren müssen, daß sich mehr als 17 Instrumente in dem gedachten Lagerraum befänden; weil er endlich durch wiederholte Umstellung der Instrumente in seinem eigenen Hause den Deputirten die Uebersicht habe erschweren wollen, und sich so die Möglichkeit sichern, den Erlös eines Pianinos der Masse zu entziehen, wofür auch sein Verhalten bei Gelegenheit der Veräußerungen an Schröder und Nielsen in Betracht komme.

Allein:

a) der Fallit hatte bereits lange Zeit vor der unterm 15. December 1863 bei dem Criminalgericht wider ihn ein-

gereichten Denunciation, nämlich unterm 3. October, in seinem „Lagerbestande" das Vorhandensein von 23 Pianinos, und zwar von 7 aus der Fabrik von Feurich in Leipzig und von 16 aus der von Luckhardt in Cassel, angegeben, und mit diesen Angaben stehen die von den Deputirten sofort nach der Concurseröffnung in Beschlag genommenen Bücher, nämlich: Kladde pg. 75 und 76 und Hauptbuch pg. 147 und 163, in Einklang. Darüber also, was der Fallit seinen eigenen Behauptungen nach auf dem Lager haben müsse, konnten die Deputirten von Anfang an nicht zweifelhaft sein. Da nun darüber, daß in dem Hause des Falliten sich nur drei Pianinos vom Lagerbestand vorgefunden haben, nach den bei der Inventur deutlich gemachten Angaben kein Zweifel obwalten konnte, so war damit implicite behauptet, daß in der Langenstraße noch 20 Pianinos lagerten. Es fragt sich daher,

b) ob nicht in [9] ein Versuch zu finden sei, den Bestand zu verdunkeln. Dawider treten aber sehr bedeutende Bedenken hervor. Zunächst der Umstand, daß es doch außerordentlich dem gewöhnlichen Menschenverstande widerstreiten möchte, den Versuch zu machen, so bündige Erklärungen, wie die obgedachten sind, durch ein Manöver zu verdecken, dessen Verkehrtheit ohne Weiteres an den Tag kommen mußte. Sodann aber der Umstand, daß es bei den widersprechenden Angaben von Kunoth und dem Falliten noch keineswegs erwiesen ist, der Letztere habe dem Deputirten die Zahl 19 und zwar zu einer Zeit genannt, wo [4] längst von ihm eingereicht war. Nähme man aber auch diesen Umstand einmal als erwiesen an, so wäre wiederum kein Grund abzusehen, weshalb der Angeschuldigte seine Correctur vorgenommen, da ihm ja diese geradezu in seinen Unternehmungen störend sein mußte, indem er nicht erwarten durfte, daß der Auslieferungsschein an die Deputirten nicht zurückgelangen werde, und gegen ihn Zeugniß ablege. Die Angabe des Falliten, er habe einen Irrthum des Deputirten berichtigt, und diesen durch die Schlachtarbeiter davon in Kenntniß

setzen lassen, welches Letztere von Kunoth wiederum in Abrede gestellt wird, hat daher einige Wahrscheinlichkeit für sich. Anlangend aber

c) die veränderte Stellung der Pianinos in dem Hause des Falliten, womit auch die Angabe von Schröder übereinstimmt, so kann dieselbe schon aus dem formellen Grunde nicht in Berücksichtigung kommen, weil, wie auch das Oberappellationsgericht schon früher nach Bremen erkannt hat,

U. w. Weise, 27. September 1851, p. 46, 47,

diese Anzeige dem Angeschuldigten nicht entgegengehalten worden ist, er also keine Gelegenheit gehabt hat, sich dawider zu vertheidigen. Es bedarf jedoch desfalls einer Nachholung nicht, da die Anzeige auch materiell keinen Werth hat. Es steht fest, daß wiederholte Anzeigen in Betreff der Pianinos öffentlich gemacht worden sind. Der Angeschuldigte hat insbesondere angegeben, daß an einem Sonntag im November sich viele Reflectanten eingefunden hätten, womit auch die Angabe von Schröder übereinstimmt. Daß nun bei einer derartigen Gelegenheit Instrumente, um sie genau zu besehen und zu prüfen, gerückt zu werden pflegen, und ihren Platz verändern müssen, entspricht so sehr den Vorkommenheiten des Verkehrs, daß daraus allein eine Anzeige für die betrügerische Absicht des Falliten nicht hergeleitet werden kann.

Die Veranlassung zu der hier berührten Ausstellung der Deputirten lag in dem Verhalten des Falliten bei den mit Schröder und Nielsen abgeschlossenen Verkäufen, worüber unter № II. die rechtliche Beurtheilung erfolgen wird. Vermehrt mag der Verdacht sein durch die Mittheilungen von Blasius an Kunoth. Eine bestimmte Kunde hierüber liegt nicht vor, da eine Vernehmung von Blasius über den Transport der Pianinos und seine Mittheilungen an Kunoth nicht erfolgt ist. Inzwischeu ergiebt sich aus den Aussagen der beiden Notare, daß Blasius es war, welcher bei der Inventur den wiederholten obgedachten Aeußerungen Eckenberg's gegenüber die Bemerkung machte, es wären nur 17 augenblicklich da, ein und das andere sei verkauft, welches Letztere entschieden

unrichtig ist. Auch kann nicht unbemerkt bleiben, daß Blasius dem Auslieferungsscheine [9] nicht für die Zahl 20, sondern nur für die Zahl 19 entsprochen und ein Instrument, angeblich für Lagermiethe, retinirt hat. Ob seine Mittheilungen dem Falliten also günstig gewesen sind, ist nicht klar gestellt. Eine entschieden ungünstige Meinung wider denselben scheint aber der Mitdeputirte Kunoth gehabt zu haben, wie sich aus dem Antwortschreiben von Feurich vermuthen läßt. Noch mehr aber wurde diese Stimmung erhöht, als der Deputirte durch das Schreiben von Luckhardt zu der Gewißheit gelangt zu sein glaubte, es müßten außer dem Familieninstrument des Falliten sich 25 Stück auf dessen Lager befinden und mithin zwei Stück unterschlagen sein. Diese Stimmung spiegelt sich sehr deutlich ab, der Vorwurf selbst aber, so weit er hier in Betracht kommt, wird vollständig beseitigt durch die vor Ausbruch des Concurses stattgehabte Uebersendung zweier Instrumente von Luckhardt an Rautmann in Braunschweig, von welcher die Deputirten erst im Laufe der Untersuchung Kunde erhalten haben, und um deswillen selbst schließlich den Werth ihrer Denunciation in Betreff der Pianinos der Beurtheilung des Richters anheimstellen — eine Erklärung, welche implicite anerkennt, daß die Deputirten sich bei diesem Punkte geirrt haben; wonach eine reine Freisprechung desfalls erfolgen muß.

II. Anlangend sodann die Unterschlagung von zur Masse gehörigen Geldern, beziehungsweise Versuch der Unterschlagung, so hat das Obergericht das Vorhandensein einer betrügerischer Absicht des Falliten bei der Empfangnahme des Kaufpreises für die an Schröder und Nielsen verkauften Instrumente als erwiesen angenommen und hält § 257 a. in dem vorliegenden Falle für anwendbar. Hier fragt es sich zunächst, ob § 257 a. sich nur auf die bei Ausbruch des Concurses vorhandenen Forderungen beziehe, oder auch auf die später durch Veräußerungen aus der Masse erwachsenen Forderungen, bei deren Entstehung der Fallit, wie hier, als Vertreter der Masse thätig gewesen ist. Nach der ersten Auffassung würde ein

Zurückhalten von Geldern, welche für verkaufte Massegegenstände eingegangen sind, in der Absicht, jene Summen zu behalten, als einfache Unterschlagung eines Commis, nicht aber als betrüglicher Bankrott aufzufassen sein, die Bestrafung mithin von der Anwendung ganz verschiedener Rechtsnormen abhängen. Es mußte jedoch, und zwar auf Grund der allgemeinen Fassung des § 254 der gedachten Verordnung, mit dem Obergericht für das Letztere entschieden werden.

Anlangend sodann den beide Veräußerungen betreffenden Vorwurf des Abschlusses der Verkäufe ohne Ermächtigung der Deputirten, so wird es schon bedenklich, mit dem Obergericht ein Zugeständniß des Angeschuldigten anzunehmen, daß ihm die Ermächtigung zum Verkauf abseiten der Deputirten gefehlt habe. Denn nach dem Acteninhalt

Prot. p. 14 am Rande; 16, 20. U. Act.

fehlt es an dem ausdrücklichen Geständniß des Angeschuldigten, die Genehmigung der Deputirten sei zur Perfection der einzelnen Pianinoverkäufe erforderlich gewesen. Auch läßt sich die Prot. p. 14 z. E. p. 15 z. A. ersichtliche Aeußerung des Angeschuldigten nicht als ein unumwundenes Geständniß desselben auffassen. Der Strenge nach liegt also hierüber ein Widerstreit der Ansichten vor. Keinenfalls aber ist es mit dieser nachträglichen Einwilligung genau genommen; wofür das Verfahren des Deputirten Kunoth bei Ablieferung des für das an Pape (richtiger Nielsen) verkaufte Instrument eingelieferten Geldbetrags von 150 ℞ einen klaren Beleg darbietet. Nimmt man jedoch einmal an, der Fallit habe bei diesen Abschlüssen rechtswidrig gehandelt, so liegt darin doch weder ein Verbrechen noch insbesondere das des betrügerischen Bankrotts. Die Handlung ist nur eine Mandats-Ueberschreitung, welche zwar widerrechtlich, aber nicht strafwürdig ist, und nicht einmal als Anzeige für die bei der Ablieferung der Gelder etwa vorgekommenen Unrechtfertigkeiten in Betracht kommt.

Nicht minder entbehrt die fernere Annahme, der Fallit habe das Geld für beide Verkäufe nicht sofort abgeliefert, in

ihrer Allgemeinheit der factischen Begründung. In Ansehung des Pape'schen Verkaufs steht durch das Geständniß der Deputirten fest, daß die Ablieferung am 1. December geschah. Der frühste Termin des Verkaufs ist der 28. November. Wenn aber dies, oder gar, wenn die Bezahlung erst nach Ablieferung des Instruments, welche nach aller Wahrscheinlichkeit erst am 1. December stattfand, erfolgt ist, so kann die Ablieferung von 150 ₰ unmöglich als verspätet angesehen werden. Daß aber die Ablieferung der 160 ₰ von Schröder, welche erst am 15. December erfolgte, also 14 Tage nach Empfang der Zahlung, verspätet sei, muß bedenklich erscheinen, da der Fallit nach Schröder's eidlicher Aussage die Verpflichtung übernommen hatte, das Instrument zurückzunehmen, und von dieser Verpflichtung erst am 15. Decbr. entbunden ward, gegen Ausstellung einer neuen Quittung von diesem Datum. Auch die angeblich zu späte Ablieferung kann also nicht als Anzeige benutzt werden, für die Absicht des Angeschuldigten, den ganzen Betrag der Instrumente zu unterschlagen.

Kein besseres Ergebniß hiefür hat der dritte geltend gemachte Umstand, die Verschweigung der richtigen Namen der Käufer. In Betreff der Einzelheiten über die Verwechselung von Pape mit Nielsen stehen sich die Aussagen des Angeschuldigten und Kunoth's einander gegenüber, und die Möglichkeit ist nicht in Abrede zu stellen, daß, wenn viele Personen bei einem Ausverkauf im Laden erscheinen, der Name des einen oder anderen Käufers entfallen kann. Die an Nielsen ertheilte Quittung nennt diesen Namen nicht; und ob es nöthig gewesen sei, ihn den Trägern bei der Ablieferung am 1. Decbr. zu nennen, ist gleichfalls nicht ins Klare gesetzt, da nicht erhellt, ob die verkauften Instrumente mit der Bezeichnung des Wohnorts ihres Käufers versehen waren. Es bleibt also, wenn auch unwahrscheinlich, doch immer möglich, daß der Angeschuldigte die Wahrheit spricht, wenn er bei der Bezahlung an Kunoth am 1. Decbr. sich des Namens nicht erinnert haben will. In wiefern aber dieser Umstand

für die Provision von 15 ℛ in Betracht kommt, wird unten untersucht werden. Das Gleiche gilt in Betreff der behaupteten Unbekanntschaft mit dem Namen von Schröder, welcher dieser entgegentritt, und welche erst acht Tage später aufgeklärt sein soll. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß hierüber in den Vernehmungen des Falliten und seiner Ehefrau sich keinerlei Andeutung findet, und kommt mithin die oben bei dem Verrücken der Instrumente gemachte Bemerkung auch hier zur Anwendung.

Wenn endlich die Entscheidungsgründe hinzufügen, durch den Umstand, daß die Deputirten nachher die Verkäufe gelten ließen, und das von dem Falliten eingelieferte Geld annahmen, werde die Strafbarkeit verringert, so zeigt dieser Schlußsatz in Verbindung mit der unmittelbar vorhergehenden Bezugnahme auf „die gesetzliche Vermuthung," daß das Obergericht von der Ansicht ausgegangen ist, der Angeschuldigte sei eines betrüglichen Bankrotts in Betreff des Empfangs der von Schröder und Nielsen eingezahlten Kaufgelder schuldig, und die Strafbarkeit werde nur dadurch gemildert, daß der größte Theil dieser Gelder später eingezahlt und angenommen worden sei. Dieser Ansicht aber konnte den obigen Ausführungen zufolge nicht beigetreten werden, und mußte vielmehr insoweit, als die Preise der beiden Instrumente im Ganzen in Frage stehen, eine Freisprechung von der Anschuldigung betrüglichen Bankrotts erfolgen.

Anlangend dagegen einzelne Theile des Kaufpreises für beide Instrumente, und zwar:

1) den Betrag von 15 ℛ bei dem Verkauf an Nielsen, so steht soviel fest, daß dieser über 165 ℛ quittirt hat, und daß er von einem für ihn aufgetretenen Unterhändler nichts weiß.

Eben so wenig wissen die Deputirten etwas davon, daß von jenen 165 ℛ ein Theil an einen Musiklehrer gegeben sei. Da nun Kunoth, wie oben bemerkt, nur 150 ℛ aus diesem Verkauf erhalten hat, so ist es klar, daß 15 ℛ nicht abgeliefert worden sind.

Der Angeschuldigte hat von seiner ersten bis zu seiner letzten Vernehmung an der Behauptung festgehalten, vor Ankauf des Instrumentes durch Nielsen sei ein Musiklehrer bei ihm gewesen, habe die Ankunft einer Herrschaft angezeigt, auf ein bestimmtes Instrument aufmerksam gemacht, sich eine Belohnung von 15 ℳ ausbedungen, und diese, da Nielsen unmittelbar darauf gekommen sei und besagtes Instrument gewählt habe, von dem bedungenen Kaufgeld ad 165 ℳ besprochenermaßen empfangen. Quittung über die 15 ℳ hat Angeschuldigter nicht, und den Namen des Musiklehrers weiß er nicht anzugeben. Diese Momente haben das Obergericht veranlaßt, wider den Angeschuldigten, namentlich in Beihalt der obigen Anzeige aus der unrichtigen Benennung des Käufers, eine widerrechtliche Verfügung über jenen Betrag, jedenfalls aber eine widerrechtliche Entziehung des Activum zum Betrage von 15 ℳ als erwiesen anzunehmen.

Nun konnte zwar dem Obigen zufolge der ersten Auffassung nicht beigetreten werden, indem jedenfalls hier nur eine civilrechtliche Unrechtfertigkeit, nicht aber eine criminell strafbare Handlung vorliegen würde. Richtig dagegen ist die Zweite. Denn wider die Annahme, daß die Provision wirklich gezahlt sei, sprechen zwei nahe Anzeigen, in Verbindung mit der allgemeinen Anzeige, daß Eckenberg eine Persönlichkeit ist, zu der man sich einer derartigen That versehen kann. Wenn gleich nämlich die Zahlung von Provisionen an Musiklehrer in derartigen Fällen nicht ungewöhnlich ist, so muß es doch als ganz ungewöhnlich angesehen werden, daß dem Verkäufer unbekannte Musiklehrer derartige Geschäfte betreiben, und steht die vorliegende Ausflucht des Angeschuldigten der eines Diebes, welcher die bei ihm gefundene gestohlene Sache von einem unbekannten Dritten gekauft haben will, im Wesentlichen gleich. Kommt nun dazu noch der Umstand, daß statt des Käufers Nielsen ein Käufer Namens Pape angegeben worden ist, so weis't diese Veränderung, so bedeutungslos sie auch für die Unterschlagung des gesammten Kaufpreises erscheint, doch darauf hin, daß es dem Angeschul-

digten darum zu thun war, die Person zu verdecken, durch deren Quittung die Höhe des wirklich gezahlten Kaufpreises sofort an den Tag kommen mußte. War demnach, ungeachtet der Gegenanzeige, welche in der am 11. Juli 1864 erfolgten Ableistung des Manifestationseides für die vollständige Ablieferung enthalten ist, der Auffassung des Obergerichts für den Betrag dieser 15 ℛ beizupflichten, so konnte andererseits

2) in Betreff der von Schröder für Leinewand bezahlten und angeblich nicht abgelieferten 10 ℛ und 40 ℛ das Beweismaterial zu einer Verurtheilung nicht für ausreichend erachtet werden. Schröder giebt an, er habe von Eckenberg gekauft:

1) an Tischzeug und Tuch	40	ℛ
2) an do.	$9^1/_2$	—
3) ein Pianino	160	—
Summa	$209^1/_2$	ℛ,

welche er mit am 1. Decbr. übersandten 200 ℛ bezahlt hat, indem ihm die $9^1/_2$ ℛ erlassen wurden, weil Schröder sich auf den an Nielsen ertheilten Rabatt berief. Er hat demgemäß eine Quittung über 40 ℛ und eine über 160 ℛ am 1. Decbr. erhalten und die letztere am 15. Decbr. mit einer andern, in welcher das Pianino mit 150 ℛ und diverses Tischzeug mit 10 ℛ aufgeführt sind, vertauscht; und werden 36 Gr. nach Angabe des Angeschuldigten für eine zugegebene Packkiste gerechnet sein. Daß nun die 150 ℛ abgeliefert worden sind, und zwar am 15. Decbr., steht fest. Wie es sich aber mit den übrigen 10 resp. 40 ℛ verhalte, hat nicht ausgemittelt werden können, da zwischen den Deputirten und dem Falliten über die Ablieferungen des Letzteren keine Quittungen ertheilt worden sind, wie der Deputirte Kunoth ausdrücklich eingesteht, und daß die Deputirten über den letzten Posten vom 18. Decbr. zum Betrage von 32 ℛ 36 Gr., ihres Verlangens ungeachtet, specielle Aufgaben nicht erhalten haben wollen.

Der Angeschuldigte hat sich außer Stand erklärt, eine specielle Aufgabe über jenen Posten noch zu machen, ist aber dabei geblieben, daß er die 40 ℛ abgeliefert habe.

Auf die . . . . 32 ℛ 36 Gr.
kommen mithin in Anrechnung
a) Schröder . . . . 40 ℛ — Gr.
b) derselbe . . . . 9 = 36 =
e) Müller . . . . 11 = 36 = 61 = — =

Es bleibt also ein Deficit von 28 ℛ 36 Gr.
vorhanden, worüber es an ausreichenden Nachweisungen fehlt. So gewichtig nun auch das Zeugniß des Deputirten Kunoth in Betreff der von dem Angeschuldigten empfangenen Zahlungen in die Wagschale fällt, und so hoch auch hienach die Wahrscheinlichkeit angeschlagen werden mag, daß der Angeschuldigte auch einen Theil der für das Leinenzeug empfangenen Zahlungen nicht abgeliefert habe, so liegt gleichwohl bei diesem Punkte doch nur eine nahe Anzeige gegen Eckenberg vor. Wenn man daher erwägt, daß, wie das Obergericht selbst hervorhebt, bei dieser Ablieferung die wünschenswerthe Genauigkeit nicht obgewaltet hat, und ferner die aus der spätern Ableistung des Manifestationseides hervortretende Gegenanzeige, und endlich, daß in der Aussage von Schröder über die Zeit, wann das Leinenzeug zum Betrage von $9^1/_2$ ℛ ausgenommen ward, sich ein Widerspruch findet, auch die Erklärungen, auf welche Eckenberg in Ansehung der 11 ℛ 36 Gr. von Müller Bezug genommen hat, vermißt werden, so mußte es bedenklich erscheinen, in Ansehung dieser Posten ganz oder theilweise eine Verurtheilung auszusprechen; es konnte nur eine Instanzentbindung für gerechtfertigt erachtet werden.

III. Das Obergericht hat den Angeschuldigten ferner für überführt erachtet, dem Gericht und den Deputirten gegenüber, und zwar in der Absicht das Interesse seiner Gläubiger zu beeinträchtigen, seine Vermögenslage entstellt, die Buchführung unterlassen, oder unrichtig beschafft, und einen Theil seiner Bücher und Papiere vernichtet oder verheimlicht zu haben, in welchen Handlungen nach § 255 a. u. c. der citirten Verordnung das Verbrechen des betrügerischen Bankrotts gefunden wird. Es hat insbesondere angenommen, daß die in den Status aufgenommenen und ihrer Richtigkeit

nach bis zu Ende der Untersuchung auch in dem Civilverfahren bis zu dem letzten in demselben abgehaltenen Termin vom 14. Febr. dieses Jahres festgehaltenen privilegirten Forderungen:

1) der Mutter des Falliten, jetzt seiner Kinder als Erben der Mutter, vermöge hypothekarischer Schuldverschreibungen zum Betrage von 11,250 ℛ und
2) der Ehefrau desselben aus deren Brautbriefen zum Betrage von 6000 ℛ

nicht nur nicht nachgewiesen seien, sondern deren Unrichtigkeit sich durch die Untersuchung herausgestellt habe, woraus die betrügerische Absicht des Angeschuldigten ohne Weiteres sich ergebe, da durch jene Beträge die ganze Masse absorbirt werde.

Anlangend nun die Forderung der Ehefrau aus ihren Brautbriefen, so sind dieselben im Jahre 1849 am 2. Jan. vor Notar und Zeugen zu Braunschweig aufgenommen, in Bremen am 5. und 12. Febr. 1849 gehörig verlautbart, und sichern der Ehefrau hypothekarisch ein Sondergut von gedachtem Betrage. Die Deputirten sind daher in ihrem Bericht vom 5. Novbr. 1863 der Ansicht gewesen, daß sie bis dahin keinen vernünftigen Anhaltspunkt hätten, um das gedachte Document zu bestreiten, und haben sich auch später nicht entschlossen, den Schritten der Gläubiger, welche dessen Anfechtung beabsichtigten, sich anzuschließen. Es werden daher, zumal bei dem Alter der Forderung, sehr triftige Gründe vorhanden sein müssen, um nach dieser Richtung hin ein Schuldig über den Angeschuldigten auszusprechen. Denn dieser Ausspruch geht dahin, der Angeschuldigte und seine Ehefrau hätten bereits bei ihrer Verheirathung den Fall einer Zahlungsunfähigkeit im Auge gehabt, und für diesen Fall die zur Uebervortheilung der Buchgläubiger abzweckenden Schritte gethan.

Anlangend sodann die Forderung der Erben der Eckenberg Wittwe von 11,250 ℛ, so beruht dieselbe auf vier ihrer äußern Form nach fehlerfreien hypothekarischen Schuldverschreibungen, als:

1) vom	27. Octbr. 1858	über	Lbor. ℳ	4000
2) „	14. Septbr. 1861	„	„	2500
3) „	16. Juni 1862	„	„	1750
4) „	15. Septbr. 1862	„	„	3000
			Summa Lbor. ℳ	11,250.

Auch in Ansehung dieser Forderung wird von den Deputirten eine der bei den Brautbriefen gleiche Erklärung, abgegeben. Das Obergericht hält es jedoch für erwiesen, daß auch diese erst aus den letzten Jahren angeblich herrührende Forderung der Wahrheit nicht entspreche.

Nun konnte aber in Bezug auf das Gesammtvermögen der Familie

A. den Zeugenaussagen nur ein geringer Werth beigemessen werden. Die Zeugen sind dritte Personen, welche zwar mit der Eckenberg'schen Familie bekannt gewesen sind, jedoch nicht in derartigen Verhältnissen zu derselben gestanden haben, welche es irgendwie erforderlich gemacht hätten, den betreffenden Personen eine specielle Einsicht in die Vermögensverhältnisse zu gewähren. Sie sind also insgesammt Personen, welche lediglich ihre Eindrücke, nicht aber ihre Wahrnehmungen bekunden.

Anlangend insbesondere

1) den Zeugen de Vries, so hat er zunächst nicht umhin gekonnt anzugeben, daß er im Laufe der Zeit mit Eckenberg aus einander gekommen sei; auch ist er als Mitinhaber der Firma Kassebart Rausch & Co. bei dem Debitverfahren betheiligt. Wenn er dessen ungeachtet „auf Grund seiner sehr guten Bekanntschaft mit der Familie sich recht gute Kenntnisse über deren Verhältnisse" beimißt, so hat dies doch nicht verhindert, daß er nicht in seinen Aussagen sich Verstöße hat zu Schulden kommen lassen, welche seine Unbekanntschaft mit den speciellen Daten der die Vermögensverhältnisse betreffenden Geschäfte bekunden, wie sich aus einer Vergleichung herausstellt. Gleichwohl hat er das Vermögen, welches die beiden Oheime des Falliten besessen haben sollen, deren Universalerbe, mit Ausnahme eines geringfügigen Legats

von 250 ℛ, was jedoch der Zeuge doppelt so hoch angiebt, der Angeschuldigte doch schließlich unbestrittenermaßen geworden ist, er mag es nun bei Lebzeiten der Oheime bei Kleinem oder nach dem Tode der Mutter definitiv erhalten haben, auf 25 bis 26,000 ℛ angeschlagen.

2) Der Zeuge Hansen, ein Jugendfreund des Angeschuldigten, ist ebenfalls in späterer Zeit mit ihm nicht mehr in Verbindung geblieben, und mit dem Angeschuldigten so wenig wie mit dessen Ehefrau in freundlichem Verhältniß. Ersteres ergiebt sich aus seiner Aussage, er habe seit 1855, wo der Angeschuldigte wegen grober Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit zuerst in Untersuchung gerieth, ihn nicht mehr angesehen; Letzteres wird direct von dem Zeugen bekundet durch die Angabe, daß er sich mit der Frau erzürnt, und um deswillen das Haus der Oheime gemieden habe, von Diedrich E. aber um Rückkehr in solches ersucht worden sei. Wenn nun dieser Zeuge bei der Gelegenheit von dem Oheim die Mittheilung erhalten haben will, die Familie seiner Schwägerin habe im Hause nichts zu sagen, sei auch völlig vermögenslos, und werde von ihm und seinem Bruder ernährt, so ist eine angebliche derartige vage Aeußerung, eines Mannes, den der Zeuge als sehr einfach und sparsam bezeichnet, dem er jedoch selbst, der allgemeinen Ansicht nach, viel Vermögen zuschreibt, nur von untergeordneter Bedeutung.

3) Der Zeuge Schmidt, auf dessen Kunde vom Vermögen der Frau sich de Vries besonders bezogen hat, vermochte, abgesehen von der aus Eckenberg's Munde vernommenen Aeußerung, daß er gegenwärtig, 1849, mit seiner Mutter theils durch seinen Verdienst, theils durch die Beihülfe der Onkel existire, überall nichts anzugeben, was für die Aufklärung der Verhältnisse dienen könnte; und

4) der Zeuge Helmering, welcher in den Gründen zum vorigen Urtheil zwei Mal, S. 28 und S. 30, theils für die Mittellosigkeit des Christoph Eckenberg, theils für die der Familie überhaupt genannt worden ist, wurde erst vor einigen Jahren mit dem Angeschuldigten in Veranlassung wucher-

licher Anleihen bekannt, und hat nur angegeben, die bei ihrem Sohne im Hause lebende Mutter „sei da so ziemlich unter durchgewesen" und nur herumgestoßen; er glaube nicht, daß sie Vermögen besessen habe.

Hienach konnte es nicht für erwiesen angesehen werden, daß es unmöglich gewesen sei, die Mutter habe dem Angeschuldigten Vorschüsse gemacht, und daß deren Angaben in dem Testamente vom 21. November 1862, welches offenbar ein Rechtsgelehrter verfaßt hat, wornach der Angeschuldigte seinen Kopftheil reichlich erhalten hat, dergestalt, daß die Mutter sich zu einer Disposition im Interesse der Enkel für berechtigt erachtet, leere Vorspiegelungen seien, um die Betrügereien des Angeschuldigten zu decken. Wie sehr auch immerhin die Mutter in dem Hause „unterdurch" gewesen sein mag, eine Mitschuld der bejahrten Frau an den angeblich lange vorbereiteten Plänen des Angeschuldigten ist wenigstens durch keine äußere Thatsache indicirt. Gegen die behauptete Unmöglichkeit eigenen Besitzes kommen aber folgende Momente in Betracht:

a) der Angeschuldigte hat bei seiner Vernehmung vom 21. Juni 1864 angegeben, das Vermögen seines Vaters, zu welchem unbestrittenermaßen das Haus am Wall Nr. 40 gehörte, habe bei dessen Tode nach seiner, des Sohnes, Berechnung 8000 ℳ betragen. Die Familie habe in solchem von dem Miethzins für einzelne Räumlichkeiten, den Zinsen ihres Vermögens und dem Verdienst der Mutter durch Friseurarbeit — etwa 5 ℳ per Woche — ausreichend gelebt. Bei den damaligen Preisen der Lebensbedürfnisse können daher Ersparnisse der Wittwe nicht als unmöglich bezeichnet werden.

b) Sie ist nicht ihrer Mittellosigkeit wegen, sondern um deswillen zu den Oheimen gezogen, weil deren Schwester, welche bis dahin den Haushalt geführt hatte, 1836 verstarb, und weil ihre Kinder aus dem Hause kamen. Ihr eignes Haus ist damals nicht verkauft, sondern nur vermiethet worden. Ob sie nun bei Leitung des Hauswesens im Stande gewesen sei, sich Etwas zu erübrigen, das liegt freilich im

Dunkeln. Jedenfalls aber wird die Möglichkeit durch
Sparsamkeit der bemittelten Oheime nicht beseitigt. Di
Zusammenleben hat nun selbst nach der Rückkehr ihres
sten Sohnes fortgedauert, ja sogar noch nach dessen Ver
rathung. Es dürften daher, zumal bei dem zunehmen
Alter der Oheime, die Verhältnisse überhaupt der Möglich
eignen Erwerbs nicht ungünstig gewesen sein.

c) Wenn darauf hingewiesen ist, daß der Wittwe Eck
berg nach dem Testamente der Oheime nur der Nießbra
an der Hälfte des Vermögens zugekommen sei, so wird
sehen, daß nach Eckenberg's Angabe die Function des Te
mentsvollstreckers durch das Codicill von Andreas E. besei
war, und eine Ausscheidung jenes Nießbrauchs nicht ein
treten ist, die ganze Familie vielmehr gemeinschaftlich
der Erbschaft gelebt hat ohne genaue gegenseitige Abrechnu
Dabei verstand es sich aber natürlich von selbst, daß Eck
berg verpflichtet war, sich dasjenige, was die Mutter wen
gebrauchte als die Erträgnisse des Nießbrauchs, als von
Mutter empfangen zu berechnen.

Mußte sonach die Möglichkeit anerkannt werden, daß
Mutter ihrem Sohne Capitalien zu dem angegebenen Be
trage vorlieh, so gelangt man auch, der Zeugenaussagen un
geachtet, in Betreff der Brautbriefe zu keinem der Ehefr
Eckenberg so ungünstigen Resultat wie das Obergeri
De Vries und Hansen erklären sie zwar für vermögens
Sie selbst inzwischen hat angegeben, daß sie etwas Vermög
von ihrer Großmutter her, von eignen Ersparnissen und
dem Gelde, welches sie von dem alten Onkel empfangen habe,
besessen, und schlägt solches auf 700 ℛ𝓉 an. Allein dam
sind die 6000 ℛ𝓉 noch nicht gerechtfertigt. Die Widersprüche,
welche sich bei Gelegenheit der Angaben über den Ursprung
dieses Vermögens zwischen den Aussagen des Ehemannes und
der Ehefrau in Ansehung der Zahl der Schenkgeber und der
Größe der geschenkten Summen obwalten, sind nicht gehoben.
Auch haben jene Angaben schon an sich viel Räthselhaftes,
und besonders wenn man hinzunimmt, daß Christoph Ecken-

berg unter den Schenkgebern gewesen sein soll. Beide Meyer haben während der Zeit, wo er in ihren Diensten stand, theils kein, theils ein sehr gewöhnliches Salair bezahlt, beide glauben nicht, daß er damals Vermögen gehabt habe. Sie halten es für unmöglich, der Krämer Meyer mit dem Beisatz „falls ihm seine Mutter den Kindestheil nicht etwa ausbezahlt habe," daß er damals im Stande gewesen sei, sechshundert Thaler — so lautete nämlich der Vorbehalt des Inquirenten — zu verschenken; viel weniger also 1200 oder 1500 ℛ︀. Dem steht nun freilich die Behauptung des Angeschuldigten gegenüber, nach welcher sein Bruder ein sehr thätiger Mann gewesen sein soll, welcher stets Geschäfte für sich betrieben habe, wofür 50 bis 70 Pfeffersäcke, welche er bei den Oheimen liegen gehabt, in Bezug genommen sind. Unwahrscheinlich nun bleibt zwar sowohl die Wohlhabenheit wie die Freigebigkeit dieses jungen Commis, und zwar um so mehr, als man anzunehmen hat, daß, wer über 1200 bis 1500 ℛ︀ zu Gunsten einer zukünftigen Schwägerin verfügt, über bedeutendere Summen zu gebieten hat. Wenn aber dies, so würde auch das Vermögen der Mutter des Angeschuldigten durch den Tod seines Bruders nicht unerheblich vergrößert sein. Nähere Aufklärung über diese Punkte sucht man vergebens. Dafür aber, daß sie vielleicht nicht ganz erfunden sind, wenn auch das Detail bei dem bedeutenden inzwischen verflossenen Zeitraum in verdunkelter Gestalt vorgetragen sein mag, spricht der Umstand, daß Eckenberg, wie gering auch seine Fähigkeit zur Buchführung sein mag, sich als ein gewandter Mensch darstellt. Denn er ist seines Läugnens ungeachtet offenbar eine Person, welche wucherliche Geschäfte betrieben hat. Wie sollte nun ein derartiges Individuum darauf verfallen, eine Geschichte zu erfinden und fest zu halten, welche das Gepräge der höchsten Unwahrscheinlichkeit hat, wenn ihm eine andere Darstellung, welche sich überall nicht controliren ließ, ganz nahe lag. Die Oheime standen in dem Ruf, reiche Leute zu sein. Warum läßt er die Schenkung an seine Frau nicht einfach von diesen be-

schafft werden? Das Auffallende ist sicherlich nur sehr wenig verschieden, er mochte einem jeden von ihnen 1200 oder 3000 ℛ𝓉 zuschreiben. Alsdann aber wären ja die bedenklichen Personen, nämlich die Mutter und der Bruder, aus der Zahl der Schenkgeber beseitigt gewesen. Es kann daher mit dieser Gabe seine besondere Bewandtniß gehabt haben, welche zu den Familiengeheimnissen gehören mag. Auffallend bleibt immer, daß die Verlobung des Angeschuldigten bereits 1843 stattgefunden haben soll, daß schon in jene Zeit die Schenkung verlegt wird, daß nach Angabe der Ehefrau das in Staatspapieren angelegte Capital zu Geldgaben des Oheims Anlaß gegeben haben soll, welche die Ehefrau für Zinsen hält, ohne daß sie darum mit den Gründen gerade 210 ℛ𝓉 betragen haben und sich somit ihrem Gedächtnisse um so mehr hätten einprägen müssen. Auffallend auch deshalb, weil, in der Zwischenzeit bis zur Hochzeit, also einem Zeitraum von 6 Jahren, der Angeschuldigte nach anfänglichem Läugnen zugestehen mußte, mit einer gewissen Lühmann verlobt gewesen zu sein, auch sich nur aus nahen Beziehungen zu dieser Familie sein Benehmen im Jahre 1846 gegen Kyrieleis, welcher um eine andere Lühmann freite, erklären läßt. Es können daher nahe Beziehungen der Putzmacherin Osterloh zu der Eckenberg'schen Familie obgewaltet haben, welche schließlich die Verheirathung zur Folge hatten, und eine Ehe herbeiführten, die wenigstens abseiten der Frau, nach einem Brief derselben an den Richter Klugkist vom 6. Juni 1855 zu schließen, mit Zuneigung verbunden gewesen zu sein scheint.

Bei dieser Lage der Sache konnte weder auf Grund der Zeugenaussagen, noch der inneren Unwahrscheinlichkeit des Ursprungs der Forderung der Beweis der Fiction in Betreff beider Forderungen für geführt angesehen werden. Es fragt sich daher,

B. ob nicht die Bücher des Falliten in Ansehung beider Forderungen zu einem anderen Ergebniß führen. Diese Bücher kommen hier in einer zwiefachen Richtung in Betracht. Einmal insofern, als sie sich speciell auf die concreten For-

derungen beziehen, sodann aber insofern, als ihre Führung im Allgemeinen zu einem Schlusse berechtigt, wessen man sich zu Eckenberg versehen könne. In erster Beziehung steht nun

1) in Ansehung der Brautbriefe soviel fest, daß derselben in den Büchern nicht ausdrücklich gedacht ist. Ebenso aber, daß der Angeschuldigte über die in dem Geheimbuch p. 2 als Capital-Conto aufgeführten Bremer Staatspapiere z. B. von 6000 ℔ sich durchgängig dahin erklärt hat, sie seien das Vermögen, welches seine Frau in die Ehe gebracht und sich reservirt habe. Wenn daher der Angeschuldigte bei Beginn seiner Bücher 1856 dasjenige Vermögen, welches damals ihm selbst, seiner Frau und seiner Mutter im Betrage von 24,000 ℔ zugehörte, sich allein beimaß, so liegt darin zwar entschieden eine unrichtige Buchung: allein eine Anzeige, daß der Frau dieses Vermögen nicht gehört habe, kann darin nicht gefunden werden. Auch folgt aus den von dem Angeschuldigten gemachten Aeußerungen, wodurch die Buchung seiner Ansicht nach gerechtfertigt wird, die Ehefrau habe ihm jene 6000 ℔ überwiesen, woraus von Gerichtswegen ein die Beseitigung der Forderung im Concurs bezweckender Vorbehalt abgeleitet worden ist, noch keineswegs, daß das Privilegium der Brautbriefe beseitigt sei, da das Wort „überwiesen" eine mehrfache Bedeutung hat, und die einseitige Nichtaufführung einer hypothekarisch gesicherten Forderung in später angelegten Handlungsbüchern, wie sich von selbst versteht, nicht geeignet ist, das Privilegium zu vernichten. Uebrigens hat diese Forderung von 6000 ℔ in den Büchern ihren Abschluß erhalten, und die Cassabücher pg. 14 und 85 sind mit dem Credit des Geheimbuchs pg. 2 in Einklang. Anders verhält es sich dagegen

2) mit den von den Erben der Wittwe Eckenberg geltend gemachten Obligationen. Das Conto derselben im Geheimbuch pg. 8 führt im Credit der Mutter des Falliten gegen Obligationen die Summe von 23,550 ℔ auf, welche, wenn man das Debet mit 4000 ℔ abzieht, im Ganzen 19,550 ℔ als Forderung der Wittwe darstellt. Ein Abschluß dieses

Conto's hat nicht stattgefunden, und der Angeschuldigte war nicht im Stande, die Differenz aufzuhellen. Diese Unmöglichkeit, in Verbindung damit, daß die bei Beginn der Bücher in den 24,000 ℳ enthaltenen 3000 ℳ der Mutter derselben ebenfalls nicht creditirt sind, und daß das Gleiche von 3000 und 300 ℳ gilt, welche im Geheimbuch pg. 7 auf dem Privatconto des Angeschuldigten unterm 24. April und 26. Juli 1862 creditirt sind, und von welchen der Angeschuldigte ebenfalls behauptet hat, sie rührten von seiner Mutter her, ohne daß sich dieselben ebendaselbst pg. 8 in deren Credit verzeichnet fänden, hat das Obergericht veranlaßt, darin eine erhebliche Anzeige für die Fiction der vorhandenen Obligationen über 11,250 ℳ zu finden; und zwar um so mehr, als die angeblich rückgezahlten Obligationen von pg. 8, welche ebenfalls nicht aus den Büchern erhellen, sich cassirt nirgends vorgefunden hätten, auch die vorhandenen erst später dem Dr. Castendyk eingehändigt worden seien. Allein diese letztere Annahme steht mit dem Protocoll über dessen Vernehmung nicht in Einklang, indem in der Erklärung des Eckenberg vom 4. November 1863 vor den Notarien nicht angegeben ist, zu welcher Zeit der Dr. Castendyk von ihm die Obligationen erhalten habe, und alle Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß derselbe unmittelbar nach seiner Ernennung zum Curator der unmündigen Enkel der Erblasserin für das ihnen von dieser ihrer Großmutter testamentarisch hinterlassene Vermögen, welche am 22. September 1863 stattgefunden hat, sich von dem Angeschuldigten die, zum Vermögen seiner Mutter gehörenden, Werthpapiere werde haben aushändigen lassen und erst alsdann zur Inventarisirung des übrigen Vermögens durch requirirte Notarien geschritten sei. Dieses ergiebt sich schon daraus, daß der Dr. Castendyk bereits im Termine vom 24. Septbr. die Unmündigen vertreten hat, und schon in dem Bericht des Dr. Setzer zu diesem Termine jener Forderungen ausführlich Erwähnung geschieht. Ob aber Jemand werthlose Obligationen, deren Beträge zürückbezahlt sind, aufbewahren will, ist Sache der Willkür. — Die groben Ungenauig-

keiten der Bücher aber in Verbindung mit einander, zu denen noch hinzukommt, daß der Angeschuldigte zufolge einer späteren, jedoch von einem neuen Inquirenten und auf eine Suggestiv-Frage abgelegten, auch sofort um den Betrag von 6000 ₰ geminderten Erklärung, den Betrag dessen, was er von seiner Mutter bereits 1856 empfangen habe, auf 20,000 ₰ angegeben hat, beweisen nur die völlige Werthlosigkeit der erst kurz vor der Insolvenz-Erklärung angefertigten und darum schon an sich beim Abgang der Papiere, aus welchen die Zusammenstellung beschafft ist, bedeutungslosen Bücher. Die Ungenauigkeiten und Widersprüche würden wesentlich ins Gewicht fallen, wenn die geltend gemachten Obligationen aus diesen Büchern erwiesen werden sollten. Gegen die abgesonderten Beweismittel über die 11,250 ₰ kommen dieselben jedoch nur als allgemeine, aus der mangelhaften Buchanlage sich ergebende Anzeige in Betracht; und zwar um deswillen, weil die gedachten Obligationen sich in dem Geheimbuch pg. 8 allerdings mit den betreffenden Daten und Summen aufgezeichnet finden, ein directer Widerspruch der Bücher mit den Obligationen also nicht vorhanden ist. — Die allgemeine Anzeige ist aber so evident, und zwar

1) in Anbetracht der Realisirung von im Geheimbuch pg. 1 verzeichneten Handfesten und Obligationen, über welche nach den ersichtlichen Angaben in den Büchern kein Wort steht, und vollends
2) in Beihalt der ihrem vollen Betrage von 28,246 ₰ 13 Gr. nach aufgeführten fast gänzlich werthlosen Forderungen des Angeschuldigten, ohne jemals einen Absatz an den betreffenden Summen zu machen,

daß es eines weiteren desfallsigen Beweises überall nicht bedarf, welcher übrigens in den Berichten des Buchhalters Engel, besonders in [16] U.-Act. und den in Folge dessen stattgehabten Erhebungen vor dem Criminalgericht, dessen besondere Darstellung unnöthig ist, vollständig gefunden werden muß.

Gleichwohl konnte das Gewicht dieser allgemeinen Anzeige nicht für so bedeutend erachtet werden, um in Verbindung

mit den Ausführungen unter A., bei beiden Forderungen die Annahme der Fiction zu rechtfertigen. Und zwar um so weniger, als nach Inhalt der Acten ein wichtiges Gegenbeweismoment wider die Verurtheilung in die Waagschale fällt. Es ist der oben erwähnte bedeutende Umsatz, welcher in dem Geldgeschäft zu dem gedachten nicht unbedeutenden Verluste von über 28,000 ℳ geführt hat. Diese Summe muß der Angeschuldigte irgend woher erhalten haben. Sein Sattlergeschäft hat ihm zwar die Möglichkeit gegeben, Einiges (3 bis 4000 ℳ) zu erübrigen; allein weder diese Ersparnisse, noch der Gewinn, welchen das von 1852 bis 1856 bereits begonnene Waarengeschäft erweislich abgeworfen hat, können für sich allein so bedeutend gewesen sein, um die Möglichkeit des Geldgeschäftes, welches den Angeschuldigten nach der klar ausgesprochenen und wohl begründeten Ansicht seiner Deputirten ruinirt hat, in dem betriebenen Umfang zu erklären; zumal wenn man hinzu nimmt, welche Summen in der Haushaltung des Angeschuldigten consumirt worden sind. Die einzige Erklärung für jene Verlüste bietet der Hinzutritt sonstiger Capitalien. Es fragt sich daher, ob das Vermögen der Oheime allein, oder ob auch sonstige Quellen wahrscheinlicherweise dazu beigesteuert haben.

Daß die Oheime schon in den dreißiger Jahren über bedeutende Geldmittel zu verfügen hatten, macht der Umstand wahrscheinlich, daß sie in ihrem letzten Willen vom 18. Juli 1834 einem Jeden von ihnen die Freiheit überließen, Vermächtnisse bis zum Betrage von 2000 ℳ dritten Personen zu hinterlassen und dennoch eine pupillarische Belegung des Restes für so zweckdienlich erachten konnten, um die Hälfte der Erträge den Söhnen ihres in Bremen verstorbenen Bruders, welche sie zu Haupterben eingesetzt hatten, die andere Hälfte dagegen ihrer Mutter zuzuwenden, nach deren Tode erst das Ganze ohne weitere Beschränkung in die Hände der Erben übergehen sollte. Ueber die Befolgung dieser Verfügungen sollte ein besonderer Testamentsvollstrecker wachen. Damit steht es auch in Einklang, wenn der Zeuge de Vries,

wie bereits erwähnt, angegeben hat, das Vermögen sei auf 25 bis 26,000 ℛ angeschlagen worden, und wenn ferner in der Eingabe von Dr. Stachow für Rollmann Ehefrau der Betrag des Nachlasses der Oheime auf ca. 26,000 ℛ angegeben wird, was immerhin damals in den Kreisen, welchen die Brüder angehörten, ein namhaftes Vermögen genannt werden konnte. Inzwischen scheint doch im Laufe der Zeit, aller von dem Zeugen Hansen bekundeten Einfachheit und Sparsamkeit ungeachtet, das Vermögen, über dessen Betrag sich die Oheime dem gedachten Zeugen zufolge sicherlich nie ausgesprochen haben, nicht sonderlich vergrößert zu sein. Denn Andreas Eckenberg hat beim Tode seines Bruders die Erbschaftsabgabe von 4 % nur von einem Betrage von 1335 ℛ 36 Gr. entrichtet, und nach des Letzteren Tode ist von seinem Neffen, dem jetzigen Angeschuldigten, die gleiche Abgabe von 4967 ℛ bezahlt worden. Der Angeschuldigte selbst schlägt dasjenige, was bei dem Tode des längstlebenden Oheims noch da gewesen sei, auf ca. 6000 ℛ an, und fügt hinzu: „Sie hatten bei ihren Lebzeiten viel an uns weggegeben; auch hatten sie ihr Mobiliar überschätzt, es war zu 3000 ℛ versichert, der Verkauf ergab etwa 250 ℛ." Diese Angabe stimmt nun zwar nicht mit der, welche auf dem Stempel-Comptoir abgelegt worden ist, da selbstverständigerweise beide Summen, die von 1852 und die von 1853, nicht zusammengerechnet werden dürfen, was allerdings 6302 ℛ 36 Gr. betragen würde. Auch mag in Anschlag gebracht werden, daß Andreas Eckenberg wie der Angeschuldigte sich bei Zahlung der Erbschaftsabgabe in ihren Angaben zu ihrem Nachtheil schwerlich geirrt haben. Dieses um so weniger, als der Bericht die nach Angabe des Angeschuldigten von den Oheimen ererbte Summe auf ca. 8000 ℛ angiebt. Jedenfalls scheint soviel aus diesem Allen hervorzugehen, daß das Vermögen sich verringert haben muß. Sonstige Verlüste sind nicht indicirt. Es bleibt also nur die Liberalität an die Schwägerin und deren Schwiegertochter, eventuell der bei der Haushaltung von der Ersteren gezogene Gewinn als Erklä-

rungsmittel — also das Vorhandensein von Mitteln der gedachten Personen, welche sie ihrem Mann beziehungsweise Sohn zufließen lassen konnten. Wenn aber dies, so wird dadurch das Gewicht der wider den Angeschuldigten vorliegenden erheblichen Verdachtsgründe so geschwächt, daß der Beweis der Fiction von Brautbriefen und Obligationen in dem gegenwärtigen Criminalverfahren nicht als erbracht angesehen werden kann und insoweit eine Instanzentbindung erfolgen muß.

Allein daraus folgt noch keineswegs, daß der Angeschuldigte nur als fahrlässiger Bankrottirer angesehen werden darf, weil dem Zustande der Bücher zufolge die Vorschriften des § 253 № a und b d. V. f. Deb.- u. Nachl.-S. auf ihn Anwendung finden. Denn nicht bloß dieses ist der Fall, wie in Beihalt der in den Gründen zum vorigen Urtheil hervorgehobenen Momente jedenfalls angenommen werden muß, sondern den Angeschuldigten trifft überdies der Vorwurf, in böswilliger Absicht die Bücher falsch geführt, und die früheren Bücher und Papiere verheimlicht und vernichtet zu haben. Hiefür sprechen folgende Momente:

1) es ist durch die eidliche Aussage von Blasius erwiesen, daß die derzeit vorhandenen Bücher von Mai bis August 1863 angefertigt worden sind, und zwar angeblich, um ein neues Geschäft anzufangen; und dieser Angabe hat der Angeschuldigte bei seiner Vernehmung am 25. Juni 1864, nachdem er zuvor den Anfang der Bücher auf 1856, und dann auf 1859 oder 1860 verlegt hatte, mit den Worten: „das weiß ich so genau nicht, bestreite es aber nicht" sich gefügt. Die Bücher, Papiere und Notizen, insonderheit das alte Journal, aus denen Blasius die Bücher angefertigt hat, waren aber bei der Haussuchung vom 11. Juni 1864 bis auf das Haushaltungscontobuch und die wenigen für die Aufmachung der Bücher unzureichenden in [31] ersichtlichen Scripturen verschwunden. Es steht hienach fest, daß die vorhandenen Bücher nur den Werth haben, welchen man Abschriften und Auszügen aus früheren Documenten und Aufzeichnungen beilegen darf — d. h. (auch in Beihalt der Aussage von Blasius „es

ging da ein bischen wild her") einen äußerst geringen Werth für, einen bedeutenden gegen den Angeschuldigten. Es steht ferner fest, daß eine Vernichtung von älteren Büchern und Papieren stattgefunden haben muß.

2) Die vorhandenen Bücher liefern den Beweis, daß der Angeschuldigte seine schlechten Schuldner, solche, die bereits accordirt und ihre Procente bezahlt, solche, welche procentlos fallirt hatten, und von denen nicht das Mindeste zu erwarten stand, für voll unter seine Activa aufgenommen hat. Die Ausrede für dieses Verfahren, er habe die Zusicherung und die Hoffnung gehabt, jene Verlüste ersetzt zu erhalten, ist für einen Geschäftsmann, welcher seit mindestens 10 Jahren kaufmännische Geschäfte treibt und früher Professionist gewesen ist, völlig unglaublich. Die ca. 30,000 ℳ Ausstände, welche er selbst bei seiner Insolvenz-Erklärung nur zu 3000 ℳ anschlug, und welche dem Bericht der Deputirten zufolge in Wahrheit auf einen Werth von 1000 ℳ reducirt sind, müssen daher zu einem anderen Zwecke so wie geschehen gebucht sein. Dieser andere Zweck war schwerlich die Ausweisung seiner Schuldlosigkeit bei der Insolvenz-Erklärung, da sich der Angeschuldigte ohne Weiteres sagen mußte, daß das Gericht den Mangel eines Abschreibens der betreffenden Procente nicht übersehen und ihn für entschuldigt halten werde, den fortschreitenden Untergang seines Geldgeschäftes nicht gekannt zu haben. Der Zweck des Angeschuldigten muß also ein anderer gewesen sein.

3) Den gleichen Charakter hat die Aufnahme von Handfesten und Obligationen auf pg. 1 des Geheimbuchs, von denen nach Prot. pg. 91 bis 96 U. Act. feststeht, daß sie längst bezahlt und in den Büchern deren Eincassirung überall nicht bemerkt ist.

4) Durch die Berichte der Deputirten, nach den Angaben des Buchhalters Engel in Verbindung mit den eignen Angaben des Angeschuldigten steht es aber erwiesen fest, daß der Bestand des Waarenlagers bei Beginn des Jahres 1863 kaum einen Werth von 100 ℳ gehabt hat. Die sämmtlichen

namhaften Bestellungen, durch welche das Lager auf seinen Bestand zur Zeit der Insolvenz-Erklärung gelangt ist, rühren aus dem Jahre 1863 her, also aus einer Zeit, wo der Angeschuldigte nach den bittern Erfahrungen, welche er beim Ausleihen von Geldern, anscheinend gegen hohe Zinsen und ohne Sicherheit, gemacht hatte, zu dem früher betriebenen Waarengeschäft zurückzukehren beschloß. Hiezu bedurfte er also des Credits, und er mußte im Stande sein, erforderlichenfalls bedenklichen Verkäufern gegenüber sich auszuweisen, d. h. dieselben durch Zahlen zu täuschen. Diese hohe innere Wahrscheinlichkeit für den Zweck bei Anfertigung der Bücher in der angegebenen Weise erhält eine bedeutende Bestätigung

5) durch das bei der Bestellung der Pianinos eingehaltene Verfahren. Es sind zunächst mit den Verkäufern, denen sich der Angeschuldigte als einen solventen Exporteur durch gute Referenzen hatte schildern lassen, Geschäfte über einzelne Instrumente abgeschlossen, und der Kaufpreis prompt berichtigt. Den Verkäufern ist also Muth gemacht. Sodann erfolgen die größeren Bestellungen, ohne jede Aussicht auf baldige Realisirung, da doch das Beibringen eines Briefes, betreffend das Waffengeschäft, unmöglich als eine Aussicht auf den Erfolg eines Pianinohandels sich auffassen läßt. Wurden also die Käufe gegen vier resp. drei Monat-Accepte abgeschlossen, so läßt sich schwerlich absehen, wie der Angeschuldigte die Hoffnung haben konnte, seinen Gläubigern desfalls gerecht zu werden. Denn die Vorschüsse, welche er selbst für den Fall des Exports auf die Pianinos hätte entnehmen können, würden doch nimmermehr im Stande gewesen sein, die Facturen von Feurich und Luckhardt zu decken, und sonstige Mittel der Befriedigung standen dem Angeschuldigten nicht zu Gebote, falls er nicht zu Waarenverkäufen schreiten wollte, deren Bekanntwerden andere Gläubiger wider ihn in Bewegung gesetzt hätte. Es ist also eine hohe Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß der Angeschuldigte jene Ankäufe in der Absicht machte, um seine Masse zu vergrößern, und daß die Anfertigung der Bücher unter Aufführung sämmtlicher

schlechter Schuldner aus den letzten acht Jahren und längst getilgter, aber als bezahlt in den Büchern nicht vermerkter Handfesterien damit in Zusammenhang gestanden hat. Dafür kommt

6) die eidliche Aussage des Zeugen Luckhardt wesentlich in Betracht. Zwar ist derselbe in seiner Eigenschaft als bedeutender Gläubiger nicht unverdächtig, auch, nach seinem Auftreten in dem Debitverfahren zu urtheilen, gegen den Angeschuldigten nichts weniger als freundlich gesinnt. Gleichwohl tragen seine Aussagen, wie sie in [15] U. Act. enthalten sind, so sehr das Gepräge der Wahrheit ihrem inneren Zusammenhang nach, und sind in allen erweislichen Punkten so vollständig durch den sonstigen Acteninhalt bestätigt, daß man auch in Betreff des Punktes, über welchen es der Natur der Sache nach an sonstigen Beweismitteln fehlt, sehr geneigt wird, des fortwährenden Widerspruchs des Angeschuldigten ungeachtet, seinen Angaben Glauben zu schenken. Dieser Punkt betrifft die Verhandlungen der Parteien bei der Anwesenheit Luckhardt's in Bremen im November 1862. Eckenberg soll ihm damals nicht bloß einen Brief, betreffend das Exportgeschäft nach St. Francisco, vorgezeigt, sondern auch, weil bei größeren Geschäften gegenseitiges Vertrauen herrschen müsse, von seinen Vermögensverhältnissen überzeugt, und zu dem Ende sein Geschäftsbuch vorgelegt haben, in welchem nach einem gemachten Abschluß sich das Vermögen auf ca. 30,000 ℳ belaufen habe, und außerdem ihm mehrere auf seinen Namen lautende Handfesten vorgewiesen, und endlich darauf aufmerksam gemacht haben, daß ihm zwei Häuser in der Roßstraße eigenthümlich zugehörten. Nun stimmt aber der Betrag von ca. 30,000 ℳ mit demjenigen, was gegenwärtig den Inhalt der Bücher bildet, in einer auffallenden Weise überein. Es gewinnt daher den Anschein, als wenn schon damals die schlechten Schuldner für voll aufgeführt worden sind, was, wenn geschehen, die bei der Buchung obwaltende Absicht völlig außer Zweifel setzen würde. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß die obige von Luckhardt schon vor

seiner Vernehmung aufgestellte Behauptung nur eine einzelne Aussage eines nicht classischen Zeugen ist und mithin keinen vollständigen Beweis liefert. Es wird jedoch dasjenige, was ihr an Beweiskraft fehlt,

7) durch die Behandlung ersetzt, welche Eckenberg einem Theil der größeren Sendung Luckhardt's zu Theil werden ließ. Nachdem die erste Bestellung kurz vor Weihnachten 1862 erfolgt und im Februar 1863 mittelst Zahlung abgemacht war, hat Eckenberg und zwar bereits im Februar 1863 bei Unterbringung seines Sohnes in Braunschweig dem Rautmann zwei Luckhardt'sche Instrumente à 220 ℛ︀ zu liefern versprochen, mit der Verabredung, daß das Geld statt des Kostgeldes seines Sohnes bis Ostern 1865 gerechnet werden solle; Eckenberg hat ferner hierauf eine Bestellung von 16 Stück Pianinos per Juni 1863 gemacht, und sodann kurz vor dem Lieferungstermin die Abfertigung von zwei Stück, und zwar von der Sorte, welche zu 240 ℛ︀ bedungen war, recht elegant gemacht, mit Zollplomben, verordnet, indem er an deren Stelle zwei andere Pianinos à 200 ℛ︀ beorderte; Eckenberg hat endlich sofort nach Empfang der Instrumente in Bremen die beiden mit Zollplomben versehenen nach Braunschweig geschickt, und sich hiefür am 5. August 1863 den ersichtlichen Schein von Rautmann ausstellen lassen. Ein derartiges Verfahren weis't mit Entschiedenheit hin auf die Absicht, den Gegner zu täuschen. Die Bestellung wird gemacht, nachdem bereits über das Bestellte und zwar 20 ℛ︀ unter Facturawerth weiter verfügt war; die Verfügung wird dem Verkäufer nicht mitgetheilt, er erfährt davon erst kurz vor der Lieferungsfrist, jedoch nicht unumwunden, sondern in der Weise, daß bei zwei Instrumenten Zollplomben bestellt werden, so daß der Verkäufer die Ansicht gewinnt, der Käufer habe für diese Instrumente einen Abnehmer im Zollverein, und sich nun um so bereitwilliger auf die neue Bestellung von zwei anderen Instrumenten einläßt; der Weiterverkauf der Instrumente geschieht an den Stief-Schwiegervater, und zwar in der Weise, daß dadurch das Kostgeld für den Sohn des An-

geschuldigten während einer Zeit gedeckt wird, wo dieser längst nicht mehr in der Lage war, ein derartiges Kostgeld für seinen Sohn zahlen zu können.

Das vereinte Gewicht aller dieser Beweisgründe führt zu dem Ergebniß, daß der Angeschuldigte zwar nicht auf Grund des § 255, a. und c., wohl aber auf Grund des § 255, c. und e. der V. f. Deb.- und Nachl.-S. des betrügerischen Bankrotts für überführt erachtet werden muß, und hat diese Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts nach wiederholten Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts kein formelles Bedenken, da die thatsächliche Grundlage der rechtlichen Beurtheilung unverändert geblieben ist. Auch würde die Zweifellosigkeit der Ueberführung nach dieser Richtung hin noch mehr ins Licht treten, wenn es nach Lage der Untersuchung gestattet wäre, eine Reihe von sonstigen Beweisgründen in rechtliche Erwägung zu ziehen, welche, da sie dem Angeschuldigten entweder überall nicht oder nicht mit ausreichender Ausführlichkeit vorgehalten worden sind, aus dem oben angeführten Grunde bei der Aburtheilung keine Berücksichtigung finden durften. Dahin gehört:

a) die Aussage des Zeugen Hoyer, betreffend die im April 1863 dem Angeschuldigten über ein Vermögen von mindestens 30,000 ℳ vorgezeigten Papiere;

b) deren dem Zeugen Kruse nach dessen Angabe gemachte Vorlage;

c) die in gleichem Sinn erfolgte Deposition des Zeugen Helmering;

d) die offenbare Fälschung von drei Büchern, einem Hauptbuch, einem Journal und einer Kladde, mittelst Tilgung der Zahl „1859“ in dem Fabrikzeichen, unter Berücksichtigung, daß gerade in diesen Büchern die Eintragungen aus einer Zeit vor jenem Jahre sich finden.

Endlich

e) die Fälschung des Haushaltungs-Contobuchs, welches bei genauerer Durchsicht eine Reihe von bedenklichen Erscheinungen darbietet, deren Darlegung im Einzelnen jedoch unter-

bleiben konnte, da der Angeschuldigte und dessen Ehefrau hierüber nur im Allgemeinen vernommen worden sind. Dieser Zustand der Untersuchung läßt es denn auch unthunlich erscheinen, einen abgesonderten Thatbestand der Fälschung dieses Buches dem Angeschuldigten zur Last zu legen, und konnte daher von einer Prüfung der in den Gründen zum vorigen Urtheil für die in diesem Buche enthaltene Entstellung der Vermögenslage hervorgehobenen Punkte und auch davon abgesehen werden, in wiefern dem Angeschuldigten in Beihalt der von ihm Prot. pg. 102, 103 abgegebenen Erklärungen der Vorwurf eines mit seinen Vermögensverhältnissen nicht in Einklang stehenden Aufwandes zur Last falle.

Anlangend endlich die dem Angeschuldigten zuzuerkennende Strafe, so ergiebt sich die Nothwendigkeit einer Herabsetzung ihres Maaßes aus der Verschiedenheit der rechtlichen Beurtheilung, welche die Handlungen des Angeschuldigten in voriger und gegenwärtiger Instanz gefunden haben. Die von dem Obergericht unter A. und B. angeführten Anschuldigungen müssen bis auf die bei dem an Nielsen verkauften Pianino nicht abgelieferten 15 ℔ auf Grund gänzlicher oder vorläufiger Freisprechung außer Anschlag bleiben. Bei den Anschuldigungen unter C. und D. ist der Gesichtspunkt der Beurtheilung insofern wesentlich verändert, daß eine Fälschung der Brautbriefe und der Obligationen nicht als vollständig erwiesen angesehen werden konnte. Damit fällt aber in objectiver Beziehung eine erhebliche Summe hinweg; und noch erheblicher tritt die Verschiedenheit in Ansehung der subjectiven Strafbarkeit hervor. Es ist ein großer Unterschied, ob ein betrüglicher Bankrotteur zu bestrafen ist, welcher seit länger als 20 Jahren die Möglichkeit eines Vermögensverfalls ins Auge gefaßt und sich desfalls mittelst Verschreibung an seine Frau einigermaßen gedeckt hat; ob ein Bankrottirer zu bestrafen ist, welcher seit 1858 in verschiedenen à Points Obligationen ausgestellt hat, welche total fingirt sind, in der Absicht, seiner Mutter und indirect sich selbst ein Vermögen zu sichern; ob endlich eine Person in Frage steht, welche eine

alte Mutter über Summen testiren läßt, die sie nie besessen hat, — oder ob andererseits nur eine Person zu bestrafen ist, welche für überführt erachtet werden muß, eine Anfertigung von Büchern veranlaßt, beziehungsweise eine Vernichtung früherer Bücher und Litteralien vorgenommen zu haben, von welchen Erstere der Wirklichkeit in keiner Weise entsprechen, in der Absicht, sich durch dieselben Credit zu verschaffen, und somit aller Wahrscheinlichkeit nach dritte Personen um das Ihrige zu bringen. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß auch hierin eine große Gefährlichkeit des verbrecherischen Willens hervortritt. Allein andererseits mußte doch das beliebte Treiben in kurzer Zeit an den Tag kommen, und die Art der Täuschung ist für einen Sachverständigen eine so offensichtliche, daß sie bei der ersten — mit Umsicht und Genauigkeit geführten — Untersuchung bloß gelegt werden mußte. Alle diese Momente, in Verbindung mit den sonstigen von dem Obergericht bereits ausreichend geltend gemachten, beziehungsweise stillschweigend beseitigten Strafzumessungsgründen, wohin der Umstand zu rechnen ist, daß der Angeschuldigte als ehemaliger Sattlermeister eine genügende Kenntniß von der Buchführung nicht gehabt haben werde: auch in Verbindung mit demjenigen, was über das Vorhandensein fahrlässigen Bankrotts gesagt ist, führen zu dem Ergebniß, daß Zuchthaus in einer Dauer von neun Monaten als eine den erwiesenen Thaten des Angeschuldigten angemessene Strafe erachtet werden mußte, indem ein Grund, auch die Strafgattung abzuändern, nicht als vorliegend erachtet werden konnte.

Ebenso mußte es in allen übrigen Punkten bei den zutreffenden Verfügungen des vorigen Urtheils verbleiben, und die Verurtheilung des Angeschuldigten in die Kosten gegenwärtiger Instanz ergiebt sich aus dem Grundsatz des Criminalprocesses, daß Abminderung der Strafe in höherer Instanz den Angeschuldigten nicht von den in dieser erwachsenen, jedenfalls durch sein Verschulden herbeigeführten Kosten befreit.

---

40. Bremen.

H. Bätjer Wittwe geb. **Bollmann** zu Arsten, Klägerin, wider **J. Bätjer** daselbst, Beklagten, Erbschaft und Forderung betreffend.

Es wird, bis zum Beweise des Gegentheils, rechtlich präsumirt, daß der Mandatar, welcher einen ihm vom Mandanten ertheilten Zahlungs- (Liberations-) Auftrag an einen Dritten und zugleich die demnächst wirklich erfolgte Zahlung an den Letzteren beweis't, dieselbe aus eignen Mitteln geleistet habe.

In erster Instanz hatte die Klägerin behauptet: der Beklagte habe, als seine Tochter Gesine sich mit ihrem jetzigen Ehemann Berend Wessels zu Arsten verlobt, denselben als Abfindung von seiner Stelle fünfhundert Thaler zugesichert, welche in der Weise geleistet werden sollten, daß ein handfestarisches Capital von fünfhundert Thalern, welches Wessels dem Cord Bollmann zu Fabenhausen schuldete, von dem Beklagten ausbezahlt werden solle. Dies sei nun im Auftrage des Beklagten durch den verstorbenen Ehemann der Klägerin (Sohn des Beklagten) und zwar mit dem Gelde des Verstorbenen geschehen; eventuell werde behauptet, in Einverständniß mit Letzterem und aus dessen Mitteln durch den Beklagten selbst. Es stehe ein Darlehn oder Vorschuß in Frage, eventuell sei der Verstorbene als Mandatar oder negotiorum gestor des Beklagten schadlos zu halten. —

Diesen klägerischen Behauptungen gegenüber läugnete Beklagter, daß der Ehemann der Klägerin sein, des Beklagten, Mandatar oder negotiorum gestor gewesen, vielmehr sei er lediglich Bote, Ueberbringer des ihm vom Beklagten gegebenen und eingehändigten Geldes gewesen, um es an Cord Bollmann für Rechnung von Wessels auszuzahlen. —

Aus dem Obergerichtserkenntniß vom 12. Decbr. 1864 interessirt hier nur folgender Beweissatz:

daß der Klägerin obliege, innerhalb Ordnungsfrist zu beweisen:

daß ihr Ehemann dem Beklagten 500 ₰ dargeliehen

oder, daß ihr Ehemann in Auftrag des Beklagten oder in nützlicher Geschäftsführung für denselben einem Gläubiger des beklagtischen Schwiegersohnes B. Wessels 500 ₰ ausbezahlt habe.

Auf Appellation des Beklagten ward dies Erkenntniß in der Revisions-Instanz unterm 8. April 1865 bestätigt, mit folgenden Erwägungsgründen:

daß Beklagter seine erste Beschwerde dahin richtet, daß in die zweite Alternative des der Klägerin auferlegten Beweises nicht die Worte „aus seinen, des Ehemannes der Klägerin Mitteln" aufgenommen seien, zur Rechtfertigung welcher Beschwerde Beklagter anführt, aus den Voracten gehe hervor, daß der Ehemann der Klägerin die fraglichen 500 ₰ zwar ausbezahlt, aber sie nur als Bote des Beklagten, nicht für eigne Rechnung, überbracht habe; die Fassung des Beweises sei mithin nicht richtig, indem die zum Beweise verstellten Thatsachen an sich nicht bestritten seien, während es hier allein darauf ankomme, ob der klägerische Ehemann aus eignen Mitteln bezahlt habe;

daß nun zwar der Beklagte ausweise pag. 15 und 16 der Duplik allerdings soviel eingeräumt hat, daß von den fraglichen 500 ₰ der Betrag von 450 ₰ durch den verstorbenen klägerischen Ehemann für Rechnung des beklagtischen Schwiegersohnes Berend Wessels, dem Beklagter diese 450 ₰ als Aussteuer seiner — des Beklagten — Tochter Gesine geben wollte, an einen Gläubiger des gedachten Wessels Namens Cord Vollmann zur Abtragung einer handfestarischen Forderung desselben an Wessels ausgezahlt sei, wobei Beklagter indessen die hieraus abgeleitete klägerische Forderung bestreitet, indem er anführt, der Ehemann der Klägerin sei nur der Bote und Ueberbringer des Geldes, welches Be-

klagter ihm zu diesem Zwecke gegeben habe, gewesen und habe aus seinem Vermögen zur Ausführung des Auftrags Nichts verwendet;

daß aber die der Klägerin zum Beweise verstellte Behauptung, ihr verstorbener Ehemann habe im Auftrage des Beklagten oder in nützlicher Geschäftsführung für denselben die fraglichen 500 ₰ an Vollmann gezahlt, an sich als eine genügende causa obligationis erscheint, zumal diese Behauptung in dem Sinne aufgestellt und ausweise der Entscheidungsgründe erster Instanz (welche die von der Klägerin angegebenen Thatsachen als geläugnet bezeichnen) aufgefaßt ist, daß die Zahlung mit dem Gelde des defunctus geschehen sei;

daß daher auch das einfache Ueberbringen einer Geldsumme durch den defunctus als Boten des Beklagten, welches letzterer einräumt, den Beweissatz keineswegs erschöpfen würde, indem dieser (der Beweissatz) das Auszahlen im rechtlichen Sinne, als causa obligationis versteht, wovon das bloße Ueberbringen und Behändigen des Geldes sich wesentlich unterscheidet;

daß jenes qualificirte Geständniß des Beklagten nicht die Wirkung haben kann, die Klägerin in eine ungünstigere Lage zu versetzen, als die einfache negative Litiscontestation des Beklagten;

daß die Klägerin sich auch auf jenes erst in der Duplik enthaltene Geständniß noch nicht berufen hat und daher der § 165 der Gerichtsordnung*) keine Anwendung leidet, wogegen die Klägerin, falls sie etwa in der Beweisinstanz davon Gebrauch machen wollte, zugleich darthun müßte, daß ihr verstorbener Ehemann das überbrachte Geld aus eigner Tasche hergegeben habe, während es, falls Klägerin dies

---

*) Ist ein Sachverhältniß unter Beschränkungen, Bedingungen oder sonstigen Modificationen, deren Dasein das aus jenem Sachverhältnisse abgeleitete Recht als unbegründet darstellen würde, eingeräumt, so hat der, welcher ein Recht daraus ableitet, das Nicht-Dasein dieser Beschränkungen, Bedingungen oder Modificationen zu erweisen.

unterläßt, vielmehr Sache des Beklagten sein würde, einen Gegenbeweis dahin zu richten, daß er das von seinem Sohne an Bollmann überbrachte Geld dem ersteren zu diesem Zwecke gegeben habe;

daß daher hienach die erste Beschwerde als unbegründet zu verwerfen war.

Auf weitere Appellation des Beklagten erkannte das Ober-Appellationsgericht unterm 23. Mai 1865:

in Erwägung:

1) daß die im Obergerichts-Erkenntnisse vom 12. Decbr. 1864 sub 3 der Klägerin gemachte Beweisauflage:

daß ihr Ehemann im Auftrag des Beklagten oder in nützlicher Geschäftsführung für denselben einem Gläubiger des beklagtischen Schwiegersohnes B. Wessels 500 ₰ ausbezahlt habe,

zwar — soweit es sich um eine im Auftrage des Beklagten bewirkte Auszahlung des fraglichen Betrags handelt — ihrem Wortlaute nach, bei der generellen Bedeutung des Ausdruckes „Auftrag", auch den Fall zu umfassen scheint, daß der klägerische Ehemann nur als Bote des Beklagten dessen Geld an den bezeichneten Empfänger überbracht haben sollte,

indessen die weiteren Worte „in nützlicher Geschäftsführung" keinen anderen Sinn haben und auch haben können, als den, daß der klägerische Ehemann die zu beweisende Auszahlung aus eignen Mitteln beschafft habe,

diesem Theile des Beweissatzes aber durch das Wort „oder" die erste Alternative „im Auftrag des Beklagten" offenbar parallelisirt und gleichgestellt wird,

und hiernach auch diese erste Alternative des Beweissatzes nicht wohl anders gemeint sein kann, als daß es sich dabei um eine Zahlung handele, die der klägerische Ehemann aus seinen eignen Mitteln geleistet habe;

2) daß denn auch das Obergericht in den Entscheidungsgründen zu seinem, auf die beklagtische Revision erlassenen Erkenntnisse vom 8. April 1865 ausdrücklich erklärt hat, die

betreffende Behauptung der Klägerin sei in dem Sinne, „daß die Zahlung mit dem Gelde des defuncti geschehen sei," aufgefaßt worden, und der Beweissatz verstehe das Wort „Auszahlen" im rechtlichen Sinne, als causa obligationis, wovon das bloße Ueberbringen und Behändigen des Geldes sich wesentlich unterscheide,

nach dieser ganz im Sinne der beklagtischen Intention erfolgten Erläuterung aber jedenfalls kein Grund mehr vorliegt, Beschwerde darüber zu führen, daß die Worte „aus seinen, des klägerischen Ehemannes, Mitteln" nicht ausdrücklich in den Beweissatz aufgenommen worden sind;

3) daß Beklagter auch durch die in den Entscheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntnisse enthaltene Andeutung nicht verletzt ist: es würde, wenn Klägerin nur das ihrem Ehemanne ertheilte Zahlungsmandat und die in Gemäßheit desselben von diesem bewirkte Zahlung beweise, bis auf Weiteres anzunehmen sein, daß derselbe die Zahlung aus seinen Mitteln bewirkt habe, und hätte solchenfalls Beklagter seinen Gegenbeweis dahin zu richten, daß er das von seinem Sohne (dem klägerischen Ehemann) an Bollmann (den Gläubiger des B. Wessels) überbrachte Geld dem Ersteren zu diesem Zwecke gegeben habe; diese Auffassung vielmehr — wie auch vom Ober-Appellationsgericht in wiederholten Entscheidungen anerkannt worden — ganz der rechtlichen Natur des Mandats und der actio mandati contraria insbesondere entspricht;

4) daß die vom Beklagten ausgesprochene Besorgniß, er würde im Falle einer Eidesdelation — da er, nach dem von ihm bereits angegebenen Sachverhalte, und bei der generellen Bedeutung der im Beweissatze gebrauchten Ausdrücke, die reine Negative desselben nicht beschwören könne, gezwungen sein, den Eid zu referiren, — dadurch sich beseitigt, daß es dem Beklagten zutreffendenfalls nicht benommen ist, eine präcisere Formulirung des Eides zu beantragen oder auch zu verlangen, daß demselben eine, dem von ihm erzählten Hergange entsprechende, positive Fassung gegeben werde;

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 8. April 1865, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei.

Frankfurt. 41.

Johann Carl Landmann zu Frankfurt, Kläger, wider **Georg Friedrich Dick** daselbst, Beklagten, Forderung betreffend.

Bedeutung der Clausel, „zahlen zu wollen, wie es dem Schuldner passe und wann er Geld habe."

Rechtsfall. Aus verschiedenen dem Beklagten gelieferten Schlosserarbeiten hatte der Kläger an den Beklagten einen Betrag von fl. 3045. 10 kr. zu fordern. Dazu kam noch ein kleiner Posten von 224 fl., den der Beklagte für empfangenes Darlehn nebst Zinsen schuldete. Ueber die Gesammtsumme hatte derselbe einen Schein folgenden Inhalts ausgestellt:

„Ich 2c. erkenne hiemit die mir von Herrn Landmann übergebene Rechnung für gefertigte Schlosserarbeiten im Gesammtbetrage von fl. 3269. 10 kr. für richtig an."

Auf Grund dieses Scheins klagte L. den Betrag dieser seiner Forderung ein.

Beklagter behauptete nun zunächst, es werde mit seinem Scheine Mißbrauch getrieben, indem er denselben nicht als Anerkennung seiner Schuld, sondern auf Wunsch des Klägers nur zu dem Zwecke ausgestellt habe, damit dieser auf denselben hin sich Geld verschaffen könne.

Sodann ward weiter geltend gemacht, es sei vereinbart worden, daß er, Beklagter, seine Schuld „in einzelnen Raten oder auf einmal, wie es ihm eben passe und wann er Geld habe, leisten könne."

Zugegeben ward übrigens die Richtigkeit der Forderung bis auf verschiedene Pöste zum Betrage von fl. 479. 13 kr.

Das Stadtgericht verurtheilte den Beklagten in den liquiden Betrag der klägerischen Forderung, und erkannte im Uebrigen auf Beweis rücksichtlich des bestrittenen Betrages von fl. 479. 13 kr.

Wegen der Darlehnsforderung von fl. 224 legte dasselbe dem Kläger den Beweis auf, daß dieselbe in dem in dem Schuldscheine aufgeführten Betrag von fl. 3269. 10 kr. habe mitenthalten sein sollen, wogegen es dem Beklagten überlassen bleibe, in Betreff der Bedeutung dieses Scheins seine Behauptung darzuthun.

Auf beiderseitige Appellation bestätigte das Appellationsgericht das erstinstanzliche Erkenntniß, indem es nur die Fassung des dem Kläger pcto. der Darlehnsforderung nachgelassenen Beweises insoweit änderte, daß derselbe allgemein dahin zu lauten habe: Beklagter sei dem Kläger aus Darlehn und Darlehnszinsen fl. 224 schuldig geworden.

---

1. Stadtgerichts-Erkenntniß
vom 31. Octbr. 1864.

II. In Gemäßheit der Urkunde wurde von dem Kläger gegen den Beklagten der Betrag von fl. 3269. 10 kr. als anerkannte Schuld für gefertigte Schlosserarbeiten eingeklagt. In der Replik muß jedoch Kläger selbst zugeben, daß diese Schlosserarbeiten nur fl. 3026. 32 kr. und fl. 18. 38 kr. ausmachen. Die Klage wäre daher mindestens auf diese Beträge zu beschränken, insofern nicht die Angabe in der Replik, daß die Differenz von fl. 224. eine Darlehnsforderung nebst Zinsen enthalte, welche nach Uebereinkunft der Parteien in der anerkannten Schuld für Schlosserarbeiten hätte einbegriffen sein sollen, von dem Kläger erwiesen werden könnte.

Der Schuldschein dient aber dem Kläger um so mehr zum Beweise dafür, daß seine Schlosserrechnungen bis zum

Betrage von fl. 3045. 10 kr. von dem Beklagten für anerkannt gelten müssen, da letzterer bei dessen Ausstellung die Rechnungen für diese Beträge bereits in Händen hatte. Dagegen würde aber die Beweiskraft des Schuldscheins wieder elidirt, wenn der Beklagte seine Behauptung darzuthun vermöchte, daß der Schein nach der Absicht beider Contrahenten nicht als Anerkennung des klägerischen Guthabens für gefertigte Schlosserarbeiten, sondern lediglich zu dem Zwecke ausgestellt worden sei, daß sich Kläger vermittelst desselben Geld leihen könne.

Der weiteren Einrede des Beklagten, „daß ihm Kläger nach Uebereinkunft die Zahlung der zu fertigenden Schlosserarbeiten in der Weise anheimgestellt habe, daß er sie in einzelnen Raten oder auf einmal, wie es ihm eben passe und wann er Geld habe, leisten könne", würde bei ihrer unbestimmten, die Erfüllung der Verbindlichkeit ganz in das eigene Belieben des Beklagten stellenden Fassung nur insoferne eine rechtliche Wirkung beigelegt werden dürfen, als der Beklagte eine sachgemäße billige Zahlungsfrist in Anspruch zu nehmen berechtigt erschiene,

Seuffert, Bd. 14 № 121, Bd. 16 № 23.

Eine solche billige Berücksichtigung hat er aber bereits zur Genüge genossen, da die fraglichen Schlosserarbeiten schon beinahe seit Jahresfrist zu Ende gebracht sind und Beklagter sich im nutzbringenden Besitze seines vollendeten Neubaues befindet. Unter diesen Umständen braucht auch die in der Replik enthaltene Behauptung, daß Beklagter später wiederholt Zahlung versprochen habe, nicht weiter in Betracht gezogen zu werden.

Was nun die von dem Beklagten in den Anlagen A und B im Original beigebrachten Rechnungen des Klägers betrifft, so wird die kleinere im Betrag von fl. 18. 38 kr. von Beklagtem selbst für liquid erkannt und er ist daher sofort zu deren Zahlung zu verurtheilen. Die andere wird nur bis zu fl. 2547. 19 kr. anerkannt, während der weitere Betrag von fl. 479. 13 kr., auf zahlreiche Posten

vertheilt, bestritten wird. Da nun die Parteien für
Fall, daß die Urkunde für unbeweisend erachtet werden mü
auf das Materielle der klägerischen Forderung eingegan
sind, so ist, je nach ihrem desfallsigen thatsächlichen Vorbr
gen, die eventuell entsprechende Beweisauflage zu machen.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

A. — — —

B. Beklagter wird verurtheilt, die Beträge von fl.
36 kr. und von fl. 2547. 19 kr. nebst 6 % Zinsen
11. Mai d. J. an binnen 14 Tagen an den Kläger
bezahlen.

C. Es haben binnen 14 Tagen, Gegenbeweis vo
halten, rechtsgenügend darzuthun:

1) Kläger:
daß nach Uebereinkunft mit dem Beklagten in der
demselben in Gemäßheit der Urkunde [3] act. anerka
ten Schuld von fl. 3269. 10 kr. für gefertigte Schlo
arbeiten der Betrag von fl. 224 für eine Darlehns
derung nebst Zinsen hätte enthalten sein sollen;

2) der Beklagte:
daß die Urkunde [3] act. nach der Absicht beider Con
henten nicht als Anerkennung des klägerischen Guthab
für gefertigte Schlosserarbeiten, sondern lediglich zu
Zwecke ausgestellt worden sei, daß sich Kläger vermit
desselben Geld leihen könne.

D. Eintretenden Falles haben demnächst zu bewe
u. s. w.

---

2. Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 23. Januar 1865.

Von den beiderseits gegen das Erkenntniß des Stadtg
richts vom 31. October 1864 aufgestellten Beschwerden fin

I. Die Beschwerden I und II des Beklagten gegen
unter B dieses Bescheides ausgesprochene Verurtheilung
Zahlung von fl. 2547. 19 kr. nebst Zinsen gerichtet.

Der Beklagte will zunächst unter I, daß diese Verurtheilung nur bedingt für den Fall stattfinde, wenn er den ihm zu C. 2 nachgelassenen Beweis:

> daß die Urkunde nicht als Anerkennung des klägerischen Guthabens, sondern nur zu dem Zwecke ausgestellt worden sei, um mittelst derselben Geld zu leihen,

nicht erbringen würde.

Der Kläger verlangt auf die Urkunde gestützt, von dem Beklagten Zahlung von fl. 3269. 16 kr. für gefertigte Schlosserarbeit, wofür er dem Beklagten die Rechnung übergeben und deren Betrag der Beklagte als richtig anerkannt habe.

Wenn nun auch der Beklagte in der Vernehmlassung diese Anerkennung bestreitet, so hat derselbe doch ebenda unter Vorlage zweier ihm von dem Kläger zugestellter Rechnungen über gelieferte Schlosserarbeit im Betrage von fl. 3026. 32 kr. und fl. 18. 38 kr. die Existenz dieser Forderung weniger fl. 479. 13 kr. für verschiedene Abzugsposten mit fl. 2565. 57 kr. eingeräumt.

Hiernach bedarf es für diesen liquiden Theil der eingeklagten Forderung überhaupt keines Beweises mehr, steht das auf Zugeständniß des Beklagten beruhende Guthaben des Klägers bis zu fl. 2565. 57 kr. auch dann fest, wenn die Urkunde, wie der Beklagte behauptet, eine Anerkennung der Schuld nicht enthalten sollte, und kann mithin die Verurtheilung zur Zahlung der fl. 2565. 57 kr. von dem verlangten Beweise in keiner Weise abhängig erklärt werden.

Unter II des Libells beantragt der Beklagte weiter:

> daß die Verurtheilung durch den ihm nachzulassenden Beweis bedingt werde:
>
> > Kläger habe ihm nach Uebereinkommen die Zahlung der zu fertigenden Schlosserarbeit in der Weise anheimgegeben, daß er solche in einzelnen Raten oder auf einmal, *wie es ihm passe und wenn er Geld habe*, leisten könne.

Diese Beschwerde ist durch die Entscheidungsgründe Stadtgerichts unter II Absatz 3 ausreichend widerlegt, wo unter Verweisungauf einen weiteren, in

Seuffert, Archiv 9. Bd. № 15

abgedruckten, dem vorliegenden ganz analogen Fall Be genommen wird.

II. Die von dem Kläger aufgestellte einzige Beschwe verlangt, daß Kläger mit dem ihm unter C. 1 auferleg Beweise:

daß nach Uebereinkunft in der von dem Beklagten Gemäßheit der Urkunde anerkannten Schuld von fl. 32 10 kr. für gefertigte Schlosserarbeiten der Betrag fl. 224 für eine Darlehnsforderung nebst Zinsen h enthalten sein sollen,

durchaus verschont werde. Hierzu besteht kein Grund. Kläger hat seinen Anspruch als aus gefertigter Schl serarbeit laut übergebener Rechnung entstanden bezeich

Die von dem Beklagten mit der Vernehmlassung vor legten Rechnungen des Klägers haben nur den Betrag fl. 3026. 32 kr. und fl. 18. 38 kr. für solche Arbeit zum Gegenstand.

In der Replik räumt der Kläger ein, daß die Schloss arbeit mehr nicht als die beiden Rechnungsposten von fl. 30 32 kr. und fl. 18. 38 kr. betragen hat, will aber den ein klagten Mehrbetrag von fl. 224 als eine Darlehnsforder von fl. 155 Capital und fl. 69 Zinsen angesehen wissen, nach Uebereinkunft mit dem Beklagten in dem Anerkenntn für Schlosserarbeit mit einbegriffen seien.

Der Beklagte hat eine solche Uebereinkunft und die E stenz der behaupteten Darlehnsforderung in Abrede gestell

Bei dieser Sachlage ist die Auflage des Beweises, des Erbringung die andere Forderung des Klägers bedingt, erforderlich und für den Kläger, der aus gelieferter Arb geklagt hatte, keineswegs beschwerend.

Der Beweis hat jedoch der Sachlage gemäß einfach dah zu gehen:

daß der Beklagte dem Kläger am 2. Mai 1864 (Ausstellungstag der Urkunde) den Betrag von fl. 224 aus Darlehn und Darlehnszinsen schuldig gewesen sei.

III. Die dritte und letzte Beschwerde des Beklagten lautet: daß ihm der Beweis seiner Einreden bei den einzelnen Posten versagt worden ist.

Insoweit der Beklagte gegen einzelne Posten der Rechnung (cf. Posten 119, 151, 152, 153) zur Begründung der m Gesammtbetrage von fl. 479. 13 kr. geltend gemachten Abzüge in der That Einreden vorgeschützt hat, sind dieelben von dem Stadtgericht berücksichtigt und bei der Abäugnung ihrer thatsächlichen Grundlagen unter C. 2 dem Beklagten zum Beweise nachgelassen worden.

Der von dem Beklagten gegen die Preisansätze der verschiedenen unter D. 1. a aufgeführten, sowie gegen die Stückahl der unter D. 1. b ebenda verzeichneten Posten erhobene Widerspruch aber enthält die Bestreitung der Ueblichkeit und Vertragsmäßigkeit der Preise, sowie die Richtigkeit der Liefeung in quantitativer Beziehung, mithin negative Streiteinassungen, in deren Folge die Beweise, wie geschehen, dem Kläger vorbehaltlich des Gegenbeweises aufzuerlegen waren.

Demnach wird das Urtheil des Stadtgerichts vom 31. Octoober 1864 unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz, jedoch mit der abgeänderten Fassung bestätiget, daß der Beweissatz unter C. 1 jenes Urtheils zu lauten hat:

daß der Beklagte dem Kläger am 2. Mai 1864 den Betrag von fl. 224 aus Darlehn und Darlehnszinsen schuldig gewesen ist.

3. Oberappellationsgerichts-Erkenntniß vom 30. Mai 1865.

(Auf beklagtische Appellation.)

Daß, wie hiemit geschieht, die vom Beklagten gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 23. Januar 1865 eingewandte Appellation für

desert zu erklären, das beklagtische Gesuch um Restitution gegen die Versäumung der Einführungsfrist zu verwerfen, auch der Beklagte in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte, welcher die von ihm gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 23. Jan. 1865 (insin. am 7. Febr.) eingewandte Appellation spätestens am 4. April hätte einführen müssen, mit deren Einführung aber erst am 12. April verfahren ist, hat freilich auf Grund eines von ihm behaupteten Versehens seines Advocaten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen jene Fristversäumung beantragt, indessen konnte diesem Antrage wegen Mangels einer Läsion des Beklagten nicht entsprochen werden. Es ergab sich nämlich aus den zur vorläufigen Beurtheilung der Materialien der Appellation sofort eingezogenen Voracten, daß die von dem Beklagten gegen das Appellationsgerichts-Erkenntniß aufgestellten Beschwerden im Falle einer ihm gewährten Restitution als grundlos hätten verworfen werden müssen.

Die erste Beschwerde war von ihm in der Absicht erhoben worden, seine Verurtheilung in den anerkannten Theil der größeren Schlosserrechnung (fl. 2547. 19 kr. auf fl. 3026. 32 kr.) für alle Fälle von dem beklagtischen Beweise abhängig gemacht zu sehen, daß das von ihm, dem Beklagten, ausgestellte Anerkenntniß einer Gesammtschuld von fl. 3269. 10 kr. dem Kläger zu dem Zwecke übergeben worden sei, um mittelst desselben seinerseits Anleihen machen zu können.

Mit Recht hat das Appellationsgericht dies schon bei ihm gestellte beklagtische Verlangen verworfen. — Das in № [3] der Stadtgerichts-Acten enthaltene Anerkenntniß hat nämlich für die demselben mit zu Grunde liegenden anderweitig liquiden klägerischen Forderungen keine Bedeutung. Selbst wenn es nicht existirte, würden dennoch solche Forderungen — zu welchen auch der hier in Rede stehende

Theil der vorgedachten Forderung von fl. 3026. 32 kr. gehört — als eines Beweises nicht bedürftig behandelt werden müssen, ohne daß der beklagtischerseits angebotene Beweis der von ihm behaupteten Zweckbestimmung des Anerkenntnisses [3] hieran etwas ändern könnte.

Prozessualisch hätte vielleicht das Bedenken erhoben werden können, ob der Kläger befugt gewesen sei, nachdem er auf der Grundlage des Anerkenntnisses geklagt hatte, replicando auf die einzelnen Bestandtheile der in demselben vom Beklagten anerkannten Gesammtforderung einzugehen. Allein, insofern es auf den hier in Frage stehenden Theil jener Gesammtforderung ankommt, würde jenes Bedenken dadurch sich erledigen, daß der im Anerkenntniß genannte Forderungsbelauf ausdrücklich als aus „gefertigten Schlosserarbeiten" herrührend bezeichnet worden ist, so daß in Wirklichkeit Forderungen aus Schlosserarbeiten klagend geltend gemacht worden sind, mithin, wenn der Kläger in der Replik auf die einzelnen — überdies vom Beklagten selbst durch Vorlegung der ihm vom Kläger zugestellten Rechnungen speciell aufgeführten — Forderungen jener Art einging, von einer darin zu erblickenden libelli mutatio nicht geredet werden kann. Uebrigens hat der Beklagte seine erste Beschwerde auf die Grundlage dieses Bedenkens nicht gestützt, wie es ihm denn überhaupt wesentlich auf die zweite Beschwerde ankommen dürfte, mittelst welcher er bezweckt, zu dem Beweise seiner Behauptung zugelassen zu werden, daß durch eine zwischen dem Kläger und ihm getroffene Uebereinkunft der für die Zahlung der Schlosserarbeiten zu wählende Zeitpunkt in der Weise ihm anheimgestellt worden sei, daß er diese Zahlung in einzelnen Raten, oder auf einmal, wie es ihm passe, und wenn er Geld habe, solle leisten können.

Der Berufung des Beklagten auf diese von ihm behauptete, vom Kläger geläugnete Uebereinkunft ist indessen von den früheren Richtern mit Recht Wirksamkeit versagt worden.

Dies mußte selbst unter der Voraussetzung geschehen, daß jener Uebereinkunft, wenn sie überall geschlossen worden

sein sollte, der von dem Beklagten ihr beigelegte Sinn innegewohnt hätte, der Sinn nämlich, daß der Kläger im Falle temporären Geldmangels des Beklagten, oder wenn diesem die Zahlung zeitweilig lästig sein sollte, seine Forderung den Umständen nach ganz oder theilweise erst nach dem Eintritt einer günstigeren Lage des Beklagten solle geltend machen dürfen (etwa wie in den Fällen der L. 125 Dig. de V. S., wenn eine Leistung unter der Bevorwortung „cum commodum erit", „cum potuero", oder „cum sine incommodo potero" versprochen worden ist). In solchen Fällen liegt es dem Schuldner, welcher auf eine Vereinbarung der in Rede stehenden Art sich beruft, ob, die factischen Voraussetzungen, von welchen die Wirksamkeit derselben abhängt, zu substanziiren, also den Mangel an Zahlungsmitteln, das Vorhandensein anderer dringender Schulden u. dergl. zu behaupten, wie dies in einem früheren Frankfurter Falle

Friedrich c. Holzwart, Erk. vom 18. Juni 1836

vom Ober-App.-Gerichte ausgesprochen worden ist. Der Beklagte hat es aber an Anführungen der vorbezeichneten Art fehlen lassen und die ihm obliegende, an sich rechtsbegründet bestehende Verbindlichkeit so behandelt, als wäre der Zeitpunkt der Erfüllung derselben gänzlich seinem Ermessen anheimgegeben. Daß aber die vom Beklagten behauptete, über den Zeitpunkt der Befriedigung des Klägers geschlossene Nebenberedung, wenn sie diesen Sinn gehabt hätte, wirkungslos sein würde, bedarf keiner Ausführung.

Abgesehen von dem vorstehend Bemerkten ist indessen den früheren Richtern auch in Betreff der Auslegung der in Rede stehenden Vereinbarung („der Beklagte solle den Belauf der klägerischen Schlosserrechnung bezahlen dürfen, wenn es ihm passe und wenn er Geld habe") dahin beizutreten, daß dadurch dem Beklagten in keinem Falle ein weiteres Recht habe eingeräumt werden sollen, als eine den Umständen nach zu bestimmende billige Zahlungsfrist in Anspruch zu nehmen, welche Frist der Beklagte in Betreff der in Rede stehenden Schlosserarbeiten, die im Juli 1862 begonnen und

an ein bereits zur Zeit der Urtheilungsfällung erster Instanz (October 1864) fertig da stehendes Haus geliefert worden, schon zur Genüge genossen habe. — Es kommt bei der Beurtheilung dieses Punktes auf die Ermittelung des vermuthlichen Willens der Parteien an. Es könnte aber nur dann angenommen werden, daß der Kläger, ein Handwerker, Lieferungen an Material und Arbeiten zum Belaufe von 2500 bis 3000 fl. habe übernehmen, die Zahlungserlangung für dieselben aber auf unbestimmte Zeit und unbeschränkt von der pecuniären Lage des Beklagten habe abhängig machen wollen, wenn er dies unzweideutig erklärt hätte. Eine Erklärung dieser Art liegt aber in dem vom Beklagten angegebenen Inhalt der Verabredung nicht. Diese leidet sehr wohl die Auslegung, daß der Beklagte nicht sofort nach den resp. Lieferungen — wie es ohne entgegenstehende Verabredung im Verhältnisse zu Bauhandwerkern regelmäßig zu geschehen pflegt — zur Zahlungsleistung für dieselben angehalten werden, sondern einer nachsichtigen Behandlung und billigen Befristung zu genießen haben solle. Hätte der Beklagte eine weiter reichende Concession von dem Kläger erlangen wollen, so hätte er sich dies besonders ausbedingen müssen, was nicht geschehen ist.

Lübeck. 42.

Strafsache wider **Johann Carl Dose** zu Lübeck, Diebstahl, jetzt Nichtigkeit betreffend.

Competenz der Gerichte in Strafsachen. Die Bestimmung in § 178 des Lübeckischen Strafgesetzbuches vom 20. Juli 1863', wonach die Bestrafung einfacher Diebstähle von 30 ß oder weniger ausschließlich den Gerichten zusteht, sofern der Thäter schon einmal wegen Diebstahls gerichtlich oder polizeilich bestraft worden war, ist nicht davon abhängig, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Rückfalles vorliegen.

Rechtsfall. Johann Carl Dose, welcher im Decbr. 1845 und Juni 1846 wegen kleiner Diebereien polizeilich mit Gefängniß bestraft wurde, von welchem aber eine spätere Bestrafung wegen Diebstahls actenmäßig nicht constatirt ist, gerieth in Verdacht, am 4. November 1864 in Grevesmühlen eine auf 15 ℳ taxirte silberne Cylinder-Uhr entwendet zu haben, und wurde auf Anklage des Staatsanwaltes, nach vorgängiger Hauptverhandlung, am 6. Februar 1865 vom Stadt- und Landgericht zu Lübeck dieses Vergehens für überführt erachtet und zu drei Monaten Gefängnißstrafe verurtheilt. In den Gründen des Erkenntnisses wurde wegen des Strafmaßes auf § 178 des Lübeckischen Strafgesetzbuches vom 20. Juli 1863*) verwiesen, und zugleich bemerkt, die gerichtliche Competenz werde durch die vom Angeklagten in den Jahren 1845 und 1846 erlittenen polizeilichen Bestrafungen wegen Diebstahls begründet. Der Angeklagte appellirte an das Obergericht, und sein Vertheidiger beantragte in der hier gehaltenen Hauptverhandlung, unter Bestreitung der gerichtlichen Competenz, zunächst Zurückweisung an die Polizeibehörde,**) eventuell Freisprechung wegen mangelnden Beweises der Thäterschaft.

Vom Obergericht wurde jedoch unter dem 28. März 1865 das angefochtene Erkenntniß bestätigt. Die Gründe, soweit sie die bestrittene gerichtliche Competenz betreffen, gingen dahin:

---

*) „Der einfache Diebstahl steht, sofern der Werth der gestohlenen Sachen die Summe von 30 ℳ übersteigt oder der Dieb wegen Diebstahls schon einmal gerichtlich oder polizeilich bestraft ist, ausschließlich zur Untersuchung und Bestrafung der Gerichte. In diesem Falle wird derselbe, wenn der Werth der gestohlenen Sachen die Summe von 200 ℳ nicht übersteigt, mit Gefängniß bis zu 6 Monaten bestraft."

**) Der § 1 des unter dem 20. März 1861 erlassenen „Regulativs für die Strafbefugnisse der Polizeibehörden" bestimmt:

„Den Polizeibehörden steht die Untersuchung und Bestrafung der Vergehen zu, d. h. derjenigen unerlaubten Handlungen oder Unterlassungen, deren Untersuchung und Bestrafung nicht ausschließlich anderen Verwaltungsbehörden oder den Gerichten zugewiesen ist."

„Der Vertheidiger hat zunächst geltend gemacht, daß der Thatbestand eines einfachen Diebstahls vorliege, daß der Werth der gestohlenen Uhr auf nur 15 ℔. sich belaufe und daß der Angeschuldigte, wenngleich in den Jahren 1845 und 1846, mithin vor etwa 20 Jahren, polizeilich wegen Diebstahls bestraft, doch seitdem wegen dieses Verbrechens keine Strafe erlitten habe. Da nun hiernach, dem § 178 des Str.-G.-B. gemäß, die gerichtliche Competenz im vorliegenden Falle nicht begründet sei, mithin das Stadt- und Landgericht die gesetzlichen Bestimmungen über seine Zuständigkeit verletzt habe, so werde hauptsächlich auf Vernichtung des angefochtenen Erkenntnisses angetragen.

„Das Obergericht konnte jedoch solchem Antrage nicht stattgeben. Nach §. 178 des Str.-G.-B. steht der einfache Diebstahl, sofern der Dieb wegen Diebstahls schon einmal gerichtlich oder polizeilich bestraft ist, ausschließlich zur Untersuchung und Bestrafung der Gerichte, und zwar ohne Rücksicht auf den Werth der gestohlenen Sache. Der klare Wortlaut dieser Bestimmung macht es unzulässig, die gerichtliche Competenz dann nicht eintreten zu lassen, falls seit der „schon einmal" erfolgten Bestrafung ein längerer Zeitraum, etwa zehn oder mehrere Jahre, verflossen sein sollten. Insbesondere erscheint es nicht statthaft, die Vorschriften des Str.-G.-B. über den Rückfall*) analog in Anwendung zu bringen. Denn nach § 59 besteht die Rückfallsstrafe in einer Straferhöhung, wogegen die gedachte Anordnung im § 178 ersichtlich nur den Zweck hat, hinsichtlich des einfachen Diebstahls die Competenzverhältnisse zwischen den Gerichten und den Po-

---

*) § 57. „Wer, nachdem er wegen eines Verbrechens hier oder im Auslande verurtheilt worden ist und ganz oder theilweise seine Strafe verbüßt hat, dasselbe Verbrechen, sei es mit oder ohne erschwerende Umstände, begeht, befindet sich im Rückfalle. Insofern 2c."

§ 59. „Die Straferhöhung wegen Rückfalls tritt nicht ein, wenn seit dem Zeitpunkte, in welchem die Freiheitsstrafe oder Geldbuße für das zuletzt begangene frühere Verbrechen abgebüßt oder erlassen worden ist, zehn Jahre verflossen sind."

lizeibehörden zweckmäßig zu regeln, nicht aber dahin zu ver-
stehen ist, daß die Bestrafung des wegen Diebstahls schon
einmal polizeilich bestraften Diebes deshalb den Gerichten
zustehen solle, weil der Dieb im Rückfalle sich befindet. Es
kommt hinzu, daß die Gerichte nach § 178 unzweifelhaft be-
fugt sind, den einfachen Diebstahl mit ebenso geringer Strafe,
als die Polizeibehörden, zu ahnden, dies jedoch unzulässig
sein würde, falls der bereits polizeilich bestrafte Dieb als
rückfällig zu behandeln wäre, weil dann eine erhöhte
Strafe eintreten müßte. Ferner ist zu erwägen, daß, da nach
§ 57 des Str.=G.=B. der Begriff des Rückfalls durch die be-
reits erfolgte Bestrafung wegen eines Verbrechens bedingt
wird, die schon früher geschehene polizeiliche Bestrafung
keinen Rückfall begründen kann. Endlich mag noch hinge-
wiesen werden auf die Vorarbeiten für das hiesige Strafge-
setzbuch, namentlich auf den Commissionsbericht vom Febr.
1854, S. 31 f. zu § 62 und S. 33 f. zu § 186, und
das Senatsdecret an den Bürgerausschuß vom 23. Mai 18[illegible]
S. 11 zu § 186, 179, woraus sich entnehmen läßt, daß
die schließliche Feststellung des § 178 des Str.=G.=B. ledig[illegible]
die Zweckmäßigkeit der Competenzverhältnisse maßgebend [illegible]
wesen ist. Ebensowenig können die Bestimmungen in [illegible]
§§ 44—48 des Str.=G.=B. oder im § 11 des für Berg[illegible]
normirenden Regulativs vom 20. März 1861 über die Ver-
jährung analoge Anwendung finden, und zwar schon des-
halb nicht, weil der Ablauf der Verjährungszeit jede Strafe
ausschließt, während hier die Berücksichtigung einer wirklich
erlittenen Strafe in Frage steht. Demnach war die Zustän-
digkeit der Gerichte für die Untersuchung und Bestrafung des
dem Angeschuldigten zur Last gelegten Diebstahls als begrün-
det anzuerkennen."

Gegen dieses Erkenntniß ergriff der Angeklagte die Nich-
tigkeitsbeschwerde, indem er, unter Bezugnahme auf
§ 251 № 1 der Strafproceß=Ordnung vom 26. Novbr. 1862,*)

*) Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zulässig:

nochmals die Competenz der Gerichte bestritt, weil seine polizeiliche Bestrafung wegen Diebstahls nach Ablauf von fast 20 Jahren bei Beurtheilung des jetzigen Falles nicht in Betracht gezogen werden dürfe.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 31. Mai 1865.

In Erwägung:

daß die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde lediglich auf die Behauptung gestützt wird, die vorliegende Strafsache gehöre nicht zur Competenz der Gerichte:

daß diese Behauptung jedoch bereits vom Obergericht genügend widerlegt worden ist, indem zwar das aus der Strafbestimmung im § 178 des Strafgesetzbuches vom 20. Juli 1863, wonach die Gerichte befugt seien, den einfachen Diebstahl mit eben so geringer Strafe zu ahnden, wie die Polizeibehörden, entnommene Argument nicht zutreffend erscheint, weil nach § 57 des Strafgesetzbuches der Rückfall nicht absolut zur Erhöhung der früheren Strafe nöthigt, sondern nur ein relativ erschwerendes Moment der Strafausmessung bildet, dessen Berücksichtigung auch bei Anwendung des in § 178 bestimmten Strafmaßes nicht gehindert sein würde; im Uebrigen aber den Gründen des Obergerichtes nur beigepflichtet werden kann, namentlich die unbeschränkte Fassung der Competenz-Vorschrift im ersten Absatz des § 178, und die Begriffsbestimmung des Rückfalles im § 57, wonach eine frühere polizeiliche Bestrafung gar keinen Rückfall im Sinne des Strafgesetzbuches begründet, für die Auffassung des Obergerichtes ganz entscheidend sind;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

---

1) wegen wesentlicher Mängel in Hinsicht der Gerichtspersonen, insbesondere auch wegen nicht gehöriger Besetzung des Gerichts und wegen Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit;" u. s. w.

daß zwar die Fristen der wider das Erkenntniß des Obergerichtes der freien Hansestadt Lübeck vom 28. März d. J. ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde für gewahrt zu achten, das gedachte Rechtsmittel selbst aber, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Angeklagten in die dadurch verursachten Kosten, als unbegründet zu verwerfen sei.

---

43. Bremen.

H. Ramien zu Elsfleth, Kläger, wider **Gruner & Rieke** zu Bremen, Beklagte, Frachtcontract betr.

Das Factische und Rechtliche des Falles ist vollständig aus den nachstehenden Erkenntnissen nebst Entscheidungsgründen zu ersehen.

1. Handelsgerichts-Erkenntniß vom 23. Mai 1864.

In Erwägung:

daß darüber ein Einverständniß zwischen den Partheien vorhanden ist, daß Beklagte vom Kläger das Schiff Doris für eine Reise von der Weser nach Cartagena gechartert haben, um dort oder in Savanilla oder St. Martha eine volle und vollständige Ladung Taback oder andere Güter einzunehmen, welche Beklagte sich verpflichten zu verschiffen und damit nach Bremen zu segeln, wie die Charter-Partie [3] dieses näher ausweiset, so wie ferner, daß das Schiff Doris zu Cartagena von den aufgegebenen Abladern Merlano & Hijo eine volle und complete Ladung nicht erhalten hat, vielmehr noch ein für 875 Seronen Taback genügender leerer Raum im Schiffe geblieben ist, wofür bei erfolgter Ausfüllung mit Taback dem Kläger 1339 ℛ︁ 35 Gr. Fracht gebührt hätte, und endlich daß die Ablader keinen Taback mehr zur Ausfüllung dieses Raumes gehabt haben;

daß aber auch weiter die Ablader Merlano & Hijo nicht bloß keinen Tabak mehr gehabt, sondern auch dem Capitain unter der Charter [3] ausdrücklich bescheinigt haben:

heute haben wir die Beladung der Doris beendigt und verbleibt in dem Schiffe ein leerer Raum, welcher nicht hat ausgefüllt werden können,

worin die Erklärung liegt, daß sie dem Schiffe weiter keine Ladung geben könnten und würden, ihrer Seits das Verladungsgeschäft beendet sei, nach welcher Erklärung es keiner weitern Aufforderung Seitens des Capitains ihm noch mehr Ladung zu geben bedurfte, derselbe vielmehr berechtigt und verpflichtet war, mit der ihm bis dahin gegebenen Ladung abzusegeln und dagegen nun die Verpflichtung des Befrachters eintritt, den Ausfall an der Fracht zu decken, es hiernach also namentlich auch gleichgültig ist, ob der formelle Protest des Capitains [5] ganz formgerecht und ob er den Abladern mitgetheilt worden ist oder nicht, zumal eine Verbindlichkeit zur Erhebung eines formellen Protests nicht existirt;

daß hiernach Beklagte zur Deckung des hier fraglichen Ausfalls an der Fracht verpflichtet sein würden, sofern sie überhaupt persönlich an der Charter [3] haften und ihnen nicht wirkliche Einreden zur Seite stehen;

daß es in ersterer Hinsicht dahin gestellt bleiben kann, ob oder wie weit ihre persönliche Verhaftung durch den ihrer Namensunterschrift auf [3] hinzugefügten Zusatz: as agents of Mesrs. Merlano e Hijo aufgehoben, oder darin eine genügende Erklärung zu erblicken sei, daß sie nur als Mandatare contrahirten ohne persönliche Haftung, da ihre persönliche Verhaftung unter den obwaltenden Umständen dennoch jedenfalls aus einem andern, vom Kläger hervorgehobenen Grunde eintreten würde, wenn sie davon auch ursprünglich bloß als Mandatare sollten frei gewesen sein. Denn nach ihren eignen Behauptungen hatten sie nur den Auftrag ein Schiff zu chartern, welches ungefähr 2000 Seronen Tabak à 125 ℔ laden könne; sie haben aber in der That ein Schiff gechartert, welches wirklich 2169 Se-

ronen geladen hat und außerdem noch weitere 875 Se-
laden konnte; sie haben darüber die Charter [3] geschlo-
worin von der ihnen aufgegebenen Beschränkung nicht a
nichts zu erblicken, sondern im Gegentheil geradezu und a
drücklich versprochen ist, dem Schiffe eine volle und c
plete Ladung (a full and complete cargo) zu geben, h
also den ihnen ertheilten Auftrag überschritten, so daß
dem dritten Contrahenten, hier dem Kläger, soweit die Ue
schreitung reicht, gar nicht haftet, ein Versuch des Klä
den Mandanten der Beklagten in Anspruch zu nehmen,
bar ein ganz vergeblicher sein würde, eine Verweisung
Klägers an Merlano & Hijo also gegen die bona fide
stößt, und unter solchen Umständen der Mandatar, welcher
Mandat überschritten hat, ohne Weiteres eintreten muß,
dem Dritten eben soweit haftet wie der Mandant gehaftet h
würde, wenn er den Auftrag in der Weise ertheilt h
wie der Mandatar das Geschäft wirklich ausgeführt hat;

vgl. Entsch.-Gr. des O.-A.-Ger. in Hamb. Sachen, gedr. S
Bd. I. S. 198 seq.

daß auch auf die Ausrede, Kläger habe gewußt, daß
Beklagte, nur ein für ca. 2000 Seronen passendes Schiff
brauchen könnten, kein Gewicht zu legen ist, da sie selbst
führen, der Schiffsmakler Suling, welcher das Geschäft v
mittelte, habe ihnen erklärt, eine Beschränkung der La
auf 2000 Seronen in der Charter sei dem Kläger bedenkli
und sie dann dennoch eine auf eine full and complete carg
lautende, vorher von ihnen zurückgewiesene, Charter un
schrieben, also den Vertrag abschlossen, nachdem ihnen au
drücklich gesagt war, daß Kläger eine Beschränkung der G
der Ladung auf die von ihnen angegebene Zahl Packen ni
wolle, vielmehr eine volle und complete Ladung verla
von einem dolus des Klägers also so wenig die Rede se
kann, wie von einen Irrthum der Beklagten;

daß dagegen der weitere Einwand der Beklagten, Suli
habe ihnen versichert, die Doris könne nur ungefähr 2000 Se-
ronen Taback à 125 ℔ per Serone laden und sei zu eine

solchen Erklärung vom Kläger autorisirt gewesen, unverkennbar relevant ist. Denn erhielten sie diese Versicherung, so waren sie berechtigt darnach ihre Einrichtungen zu treffen, und wenn diese für ein größeres Schiff nicht ausreichten, so würde Kläger allerdings dolos handeln, wollte er ihnen daraus einen Vorwurf machen und für den demzufolge nicht ausgefüllten Raum Fracht verlangen;

daß hiernach den Beklagten der entsprechende Beweis vorzubehalten ist, hinsichtlich der Ermächtigung Suling's aber genügt, wenn der Beweissatz auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Ermächtigung gerichtet wird, indem dadurch den Beklagten nach allen Richtungen hin freier Spielraum gelassen, namentlich ihnen unbenommen ist, eine solche Stellung des Suling zu Kläger hinsichtlich abzuschließender Frachtverträge darzulegen, daß daraus die fragliche Ermächtigung resultirt, wogegen freilich seine Thätigkeit bei dem Geschäfte als Schiffsmakler allein nicht ausreichen würde, da der Makler durch einseitige, ohne Wissen und Willen des einen Contrahenten gegen den andern Contrahenten abgegebene Erklärungen den Erstern nicht verpflichten kann, und am wenigsten, wenn ein schriftlicher Vertrag in klarer und bündiger Weise geschlossen wird, der davon nichts besagt;

erkennt das Handelsgericht für Recht:

daß die Klage für liquide zu erachten, den Beklagten jedoch, unter Verwerfung ihrer sonstigen Einwendungen, vorbehalten sei, im Termine vom 6. Juni 1864 zu beweisen,

daß der Schiffsmakler Suling bei der hier fraglichen Gelegenheit ihnen versichert habe, das Schiff Doris könne nur ungefähr 2000 Seronen Taback, die Serone zu 125 ℔ gerechnet, laden, und daß Suling vom Kläger zur Ertheilung einer solchen Versicherung ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt gewesen sei.

2. Obergerichts-Erkenntniß vom 25. Febr. 1865.

(Auf bekl. Appellation.)

In Betracht:

daß die Appellanten zufolge gravamen 1—3 sich zunächst um deswillen durch die sententia a qua beschwert erachten, weil ihr Einwand, daß sie nicht in eignem Namen, sondern nur Namens ihrer Mandanten Merlano & Hijo zu Cartagena die in Rede stehende Charter abgeschlossen, verworfen und nicht vielmehr diese Behauptung für liquide erachtet oder doch dieserhalb ein Beweisverfahren eröffnet sei;

daß indeß aus den von dem Handelsgerichte für seine Entscheidung angeführten Gründen nach Lage der Sache ein weiteres Eingehen auf den gedachten Einwand ungerechtfertigt sein würde, da nach dem Anführen der Beklagten der ihnen ertheilte Antrag dahin gegangen ist, ein Schiff von einer Ladefähigkeit von ca. 2000 Seronen Brasiltaback anzunehmen und der jetzt geltend gemachte Anspruch des Klägers grade darauf basirt ist, daß ein größeres Schiff gechartert worden ist, die Mandanten der Beklagten, welche anerkannter Maßen dem Schiffe eine Ladung von 2170 Seronen gegeben haben, also für die Fautfracht nicht würden in Anspruch genommen werden können, weil entweder, wenn ihrem Auftrage gemäß ein Schiff von einer Ladefähigkeit ad nur 2000 Seronen engagirt wäre, sie ihren Verbindlichkeiten nachgekommen wären, oder wenn ihre Mandatare über den erhaltenen Auftrag hinausgegangen wären, diese und nicht sie, die Mandanten, verhaftet sein würden:

daß die Beklagten nun zwar behaupten, es sei von ihnen nur auf Grund der s. g. Bedingungen [10] [11] mit dem Kläger contrahirt, also daß sie sich innerhalb der Grenzen ihres Mandats gehalten hätten, ein Beweis hierüber (der aus den bisherigen Verhandlungen nicht zu entnehmen ist) den Beklagten in einer weiter gehenden Fassung, als dies vom Handelsgerichte geschehen ist, aber nicht nachzulassen ist, da sie eingeräumt haben, die Charter [3] abgeschlossen zu

haben, diese also als den definitiven Contractswillen der Contrahenten enthaltend anzusehen ist, wie er nach den vorgängigen Verhandlungen zum Abschluß gelangt ist, und dies um so mehr, als, wie vom Handelsgerichte hervorgehoben ist, der Makler Suling, der den Vertrag unterhandelte, den Beklagten vor Abschluß des Vertrags erklärt hat, Kläger wolle auf die Bedingungen nicht eingehen, und Beklagte sich dennoch dazu verstanden, das solche Bedingungen nicht enthaltende Vertrags-Instrument zu unterzeichnen, damit also in die Bestimmungen, welche dies Instrument enthielt, einwilligend anzusehen sind — eine Annahme, deren Richtigkeit grade in dem von den Appellanten angeführten Falle

Schumacher c. Kalkmann & Co. (de 1859)

bestätigt ist, hiedurch es aber — abgesehen von der Behauptung der Beklagten, daß ihnen versichert worden sei, das Schiff könne nicht mehr als ca. 2000 Seronen laden, — liquide ist, daß Beklagte nicht dem erhaltenen Auftrage gemäß gechartert haben, daß daher nur, wenn ihnen von dem Kläger oder für denselben durch den Unterhändler versichert wäre, daß das Schiff, zu dessen Annahme sie sich herbeigelassen haben, nicht mehr als ca. 2000 Seronen Tragfähigkeit habe, sie als ihr Mandat innehaltend zu betrachten wären, so daß also der Beweis der besonderen Zusicherung über die Tragfähigkeit des Schiffes in so weit zusammenfällt mit dem, daß die Beklagten ihr Mandat nicht überschritten haben;

daß aber die Behauptung der Beklagten, sie hätten die Bedingungen [10][11] bei Abschluß des Vertrags dem Makler Suling gegenüber ausdrücklich aufrecht erhalten, zu einem Beweise keine Veranlassung geben kann, weil diese Bedingungen nur in soweit relevant sind, als danach die Ladefähigkeit des Schiffes auf ca. 2000 Seronen Taback bestimmt wurde, und wenn die Beklagten dies bei Abschluß des Vertrags bevorworteten, nur dann, wenn Suling ihnen versicherte, daß dies bei „Doris" der Fall sei, ihr Vorbehalt eine Bedeutung hatte, während, wenn Suling dies verneinte,

Beklagte als sich dessen begebend anzusehen wären; daß eine Aenderung des Beweissatzes, wie sie, Beklagte, nach gravamen 4 beantragen, nämlich, daß Suling die gedachten Bedingungen als abgeschlossen anerkannt und erklärt habe, daß die Größe der „Doris“ denselben entspreche, nur eine Erschwerung für die Beklagten enthalten würde durch den Zusatz, daß Suling den Vorbehalt anerkannt habe;

daß ad gravamen 6 den Beklagten durch die sententia a qua ein möglichst freier Spielraum gelassen ist, worüber auf die Entscheidungsgründe der ersten Instanz zu verweisen, und die Bemerkung genügt, daß, sofern Suling nach seiner Stellung zu dem Kläger nicht befugt war, die qu. Versicherung zu geben, nicht der Kläger, sondern Suling für diese verantwortlich sein würde;

erkennt das Obergericht hiedurch für Recht:

daß zwar die Formalien der Appellation gegen das Erkenntniß des Handelsgerichtes vom 23. Mai 1864 als beachtet anzunehmen, in der Sache selbst aber das angefochtene Urtheil lediglich zu bestätigen sei, unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten dieser Instanz.

3. Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 31. Mai 1865.

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 25. Febr. d. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei.

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten haben in gegenwärtiger Instanz die in der vorigen aufgestellten neun Beschwerden, unter Bezugnahme auf deren frühere Rechtfertigung, wiederholt, und in so weit

genügt es, zu deren Widerlegung auf die den vorigen Erkenntnissen beigegebenen, im Wesentlichen zutreffenden Gründe zu verweisen. Insbesondere verdienen unter den von dem Obergerichte nicht ausdrücklich genannten Beschwerden die neunte so wenig eine Beachtung, wie die nur eine Wiederholung der früheren Beschwerden, theilweise in veränderter Gestalt, enthaltende fünfte und achte Beschwerde, während die siebente, gerichtet auf Kunde von den abseiten Merlano's & Sohn gestellten Frachtbedingungen und deren Nichtablehnung, mindestens vor Unterzeichnung der Charter, dadurch, daß diese nur mit der Clausel a full and complete cargo vollzogen ward, beseitigt ist.

Anlangend dagegen die von dem in jetziger Instanz aufgetretenen neuen Sachwalt versuchte anderweite Begründung der vierten Beschwerde, mittelst welcher die Beklagten schon durch den Beweis der Aufrechthaltung der ihnen von Merlano übermachten Frachtbedingungen in Ansehung der Größe der Ladung bei Vollziehung der Charter von dem gegnerischen Anspruch befreit sein wollen, so konnte diese Begründung nicht für zutreffend erachtet werden. Denn die Ansicht, in der Uebersendung der von dem Kläger vollzogenen Charter an die Beklagten sei eine Offerte enthalten, und hierauf deren Antwort schriftlich und mündlich erfolgt, jenes durch die Unterschrift, dieses durch Festhalten an der Bedingung, betreffend die Größe der Ladung, und mithin auch die aus dieser Auffassung gezogenen Folgerungen, stehen mit dem von den Beklagten eingestandenen Hergang bei Abschluß des Geschäftes im Widerspruch. Wenn der Makler, nachdem er das Geschäft mit den Parteien „abgesprochen," d. h. nachdem er deren Einigung durch seine Vermittelung herbeizuführen bemüht gewesen ist, und seine Bemühungen für erfolglich hält, die schriftliche Ausfertigung des Vertrags ihnen zur Unterschrift vorlegt, diese von der einen Partei beschafft, und sodann von der anderen, nach anfänglichem Sträuben, vollzogen wird, so liegt hierin der endliche Abschluß des Vertrages. Sind daher bei der Unterschrift in den schriftlichen Vertrag

nicht aufgenommene anderweite Bedingungen gemacht oder wiederholt, so suspendiren sie die durch beiderseitige Unterschrift zu Stande gekommene Willenseinigung nicht, und sind nur dann von rechtlicher Bedeutung, wenn sie die Zustimmung der anderen Partei erhalten haben. Sollte daher die Unterschrift der Beklagten durch Zusicherungen des Maklers veranlaßt sein, welche nicht in Erfüllung gegangen sind, so steht der getäuschten Partei möglicherweise ein Entschädigungsanspruch gegen den Makler zu, die Klage aus dem schriftlichen Vertrage aber kann nur durch den Beweis einer in Person durch einen Bevollmächtigten über den Inhalt der die Schrift modificirenden Bedingungen erfolgten Einigung der Parteien beseitigt werden, d. h. durch den von dem Handelsgerichte den Beklagten nachgelassenen, durch die Aufnahme einer in den Verhandlungen erster Instanz nicht substantiirten stillschweigenden Einigung noch zu günstigen Beweis.

---

44. Bremen.

Theodor Töbelmann zu Bremen, Kläger, wider **Heinrich Rüppel & Sohn** daselbst, Beklagte, Forderung betreffend.

Der Kläger nahm die beklagtische Firma aus mehrfachen, von dem verstorbenen Sohn und Associé des Innehabers dieser Firma mit ihm, dem Kläger, a conta meta gemachten Speculationsgeschäften in Anspruch, und führte zu dem Ende, da beklagtischerseits die Haftungspflicht in Abrede gestellt ward, in seiner Replik Folgendes an:

„Noch am Abend vor dem Tode des Rüppel jun. seien im Weinkeller vor 3 oder 4 Zeugen die Rechnungsverhältnisse zwischen Rüppel jun. und ihm festgestellt worden, und Ersterer habe hierüber einen Schein ausgestellt, welchen Kläger an Schlingmann, den damaligen Procuristen von Rüppel & Sohn, eingehändigt habe. Es habe sich damals heraus-

gestellt, daß Rüppel nicht nur gewisse in den Acten näher bezeichnete Posten, sondern sämmtliche in der Conto-Courant aufgeführte Geschäfte hinter dem Rücken seines Vaters gemacht habe. Dieser Letztere, Rüppel sen., habe darauf, dem Kläger und dessen früherem Associé Peltzer gegenüber, an Schlingmann den Auftrag ertheilt, alle Geschäfte, welche sein Sohn hinter seinem Rücken mit ihnen zusammen gemacht, für Rechnung der Firma mit dem Kläger zu ordnen."

Das Handelsgericht in seinem Erkenntniß vom 8. Januar 1863 hat zu den Posten 1—4 des klägerischen Conto-Courants, [3] der H. G. A., der Sache nach drei Beweise cumulativ dem Kläger injungirt:

a) daß er die betreffenden Geschäfte gemeinschaftlich (in den bei den einzelnen Posten näher angegebenen Verhältnissen) mit der beklagtischen Firma gemacht habe;
b) daß die fraglichen Geschäfte den von ihm berechneten Verlust ergeben, und
c) daß und wie weit er diesen Verlust durch Zahlung resp. Cession gedeckt habe.

Das Obergericht hat es im Erkenntniß vom 26. October 1863 bei diesen Beweisen belassen, und nur ad a) dem Kläger auf dessen Appellation gestattet, den Beweis der Passivlegitimation auch dadurch herzustellen, daß er darthue:

> daß der Innehaber der beklagtischen Firma, Heinr. Rüppel sen., nachdem ihm mitgetheilt worden, sein verstorbener Sohn Heinr. Rüppel jun. habe die unter Posten 1—4 verzeichneten Geschäfte gemeinschaftlich mit dem Kläger gemacht, dem Kläger gegenüber seinem Buchhalter Schlingmann den Auftrag ertheilt habe, alle Geschäfte, die sein Sohn hinter seinem Rücken mit dem Kläger zusammen gemacht habe, für Rechnung der Firma mit dem Kläger zu ordnen.

Das Obergericht bemerkt hiezu in seinen Entscheidungsgründen:

Das Handelsgericht hat die desfallsige Behauptung des Klägers als schon um deswillen, weil nicht behauptet wor-

den, der Buchhalter Schlingmann habe die betreffenden Geschäfte als die Firma obligirend und die Ansprüche als richtig anerkannt, nicht relevant angenommen. Allein, wenn auch, um den Anspruch des Klägers auf die geforderten Summen (der Posten 1—4 [3]) als begründet erscheinen zu lassen, die Voraussetzung, daß Schlingmann die Ansprüche für richtig befunden habe, für erforderlich zu halten wäre, so ist doch auch ohne dieselbe der Behauptung des Klägers nicht jede Bedeutung für den vorliegenden Rechtsstreit abzusprechen. Der Kläger hat nämlich angeführt, daß er nach dem Tode des Rüppel jun. dem Procuristen der Beklagten, Schlingmann, einen von Rüppel jun., dem Mitinhaber der beklagtischen Firma, über die Rechnungsverhältnisse zwischen ihm und Kläger ausgestellten Schein eingehändigt habe, daß es sich dann herausgestellt habe, der Rüppel jun. habe die Geschäfte, aus denen die bestrittenen Ansprüche des Klägers herrühren, hinter dem Rücken seines Vaters gemacht und daß dieser dann dem Kläger und dessen früherem Associe Peltzer gegenüber dem gedachten Schlingmann den Auftrag ertheilt habe, alle Geschäfte, welche sein Sohn hinter seinem Rücken mit ihnen zusammen gemacht habe, für Rechnung der Firma mit dem Kläger zu ordnen. Es kann allerdings der Sinn dieser Erklärung für zweifelhaft gehalten werden, insofern darin nur die Anordnung gefunden werden könnte, Schlingmann solle die Geschäfte so weit sie die Firma angingen ordnen, d. h. untersuchen, ob die Firma dafür verhaftet sei oder nicht, in welchem Falle nur dann die Haftung des Beklagten als eintretend angenommen werden dürfte, wenn Schlingmann dieselbe anerkannt hätte.

Von dieser Auslegung der Erklärung geht das Handelsgericht aus.

Mit mehr Fug ist jedoch dieser Aeußerung des Rüppel sen. eine weiter gehende Bedeutung beizumessen und mit dem Kläger (wie dieser auch in jetziger Instanz ausführt,) anzunehmen, daß die gedachte Erklärung des Rüppel sen. nicht in diesem Sinne, sondern in dem vom Kläger behaupteten habe

verstanden werden müssen und gemeint gewesen sei, nämlich dem, daß nur habe untersucht werden sollen, wie weit dem Kläger ein Anspruch aus den fraglichen Geschäften mit Rüppel jun. zustehe, nicht aber auch das, ob überhaupt, den Verlust aus den fraglichen Geschäften und dessen Deckung durch den Kläger vorausgesetzt, die Firma im Gegensatz zu Rüppel jun. hafte, vielmehr die Verpflichtung, daß die Firma für den Rüppel jun. eintrete, anerkannt sei. Zwar wäre damit nicht eine Anerkennung der Richtigkeit der Forderung des Klägers ausgesprochen, aber doch eine Uebernahme der eventuellen Haftung für das aus den Geschäften resultirende Debet, oder die Annahme der Unterstellung des Klägers, Rüppel jun. habe die Geschäfte qu. für die Firma abgeschlossen. Es konnte jene Aeußerung nicht wohl lediglich so viel heißen, als daß die Geschäfte des Rüppel jun. zu ordnen seien, sondern, wenn, wie Kläger behauptet ausdrücklich von Rüppel sen. erklärt ist, die ihm mitgetheilten Geschäfte, welche sein Sohn hinter seinem Rücken, ohne sein Mitwissen, abgeschlossen habe, d. h. die, worauf sich Posten 1—4 [3] beziehen, sollten für Rechnung der Firma mit dem Kläger geordnet werden, so war dies füglich so zu verstehen, daß Rüppel sen. die Geschäfte qu. als für Rechnung der Firma gehend angesehen haben wolle, und dies um so mehr, als, wie Kläger behauptet, ihm gegenüber, nachdem ausdrücklich dem Rüppel sen. die Mittheilung von den von seinem verstorbenen Associé geschlossenen Geschäften, von denen er bisher keine Kunde gehabt, gemacht worden, die gedachte Erklärung des Rüppel sen. abgegeben ist. Ohne eine Haftung der beklagtischen Firma konnte von einem Ordnen für Rechnung der beklagtischen Firma nicht die Rede sein. Geschäfte der Firma für Rechnung der Firma zu ordnen würde ein, wenn nicht nichtssagender, doch ungewöhnlicher oder unrichtiger Ausdruck sein. Dagegen kann der Erklärung, Geschäfte, die Einer der Socii abgeschlossen hat, seien für Rechnung der Societät zu ordnen, ungezwungen der Sinn beigemessen werden, es seien die Geschäfte als für die Societät

geschlossen, für Rechnung derselben gehend anzunehmen. Auch würde unter den obwaltenden Umständen es nichts besonders Auffallendes haben, wenn nach dem Tode seines Sohnes, welcher Mitinhaber der beklagtischen Firma war, der Vater auch die von jenem ohne sein Vorwissen mit dem Kläger, mit dem die Firma mehrfach gemeinschaftliche Geschäfte gemacht hat, zusammen gemachten Geschäfte für die Firma übernommen hätte.

In ihrer Appellation gegen dies Erkenntniß fordern Beklagte principaliter die gänzliche Beseitigung der von O. G. hinzugefügten Beweisalternative, eventualiter aber Erweiterung derselben dahin, daß Kläger auch noch darzuthun verpflichtet werde: Rüppel sen. habe bei Ertheilung des fraglichen Auftrags an Schlingmann die Absicht gehabt, die von seinem Sohne eingegangenen Verpflichtungen Namens der Firma zu übernehmen, und Kläger habe diese Willenserklärung angenommen.

Das O.-A.-Gerichtserkenntniß vom 15. Juni 1865 hat nun das Erkenntniß des Obergerichts zwar im Uebrigen bestätigt, den in demselben dem Kläger nachgelassenen Beweis jedoch dahin formulirt:

> daß Heinrich Rüppel sen. sich dem Kläger gegenüber verpflichtet habe, die Geschäfte, welche sein verstorbener Sohn Heinrich hinter seinem Rücken mit Kläger zusammen gemacht habe, als für Rechnung der beklagtischen Firma contrahirt gelten zu lassen,

die Kosten dritter Instanz zur Hälfte compensirt, in die andre Hälfte derselben Beklagte verurtheilt.

Die Entscheidungsgründe gehen dahin:

Nach dem hervorgehobenen Wortlaute des obergerichtlichen Decisums gewinnt es den Anschein, als ob Kläger, wenn er den ihm zu Beweis verstellten Hergang darzuthun vermag, auch von dem Beweise, daß er die fraglichen Geschäfte überhaupt in Gemeinschaft mit Heinrich Rüppel jun gemacht habe, entbunden sein solle. Dies ist aber offenbar nicht die Intention des Obergerichts, die Meinung, ausweislich der Entscheidungsgründe, vielmehr nur die, daß durch den von ihm nachgelassenen Beweis die Passiv-Legitimation hergestellt

werden könne, indem auch, wenn Heinr. Rüppel jun. die betreffenden Geschäfte nicht als Vertreter der Firma Heinrich Rüppel & Sohn gemacht haben sollte, diese doch durch jene nachträgliche Verhandlung des Klägers mit dem Inhaber der beklagtischen Handlung, Rüppel sen. und den von diesem seinem Buchhalter ertheilten Auftrag ebenso verpflichtet werde, wie wenn von vorne herein in ihrem Namen contrahirt worden wäre. Dem Kläger für den Fall der Erbringung der in zweiter Instanz hinzugefügten Beweisalternative auch den Beweis zu erlassen, daß, und mit welchem Erfolge er die fraglichen Geschäfte in Gemeinschaft mit Heinr. Rüppel jun. gemacht habe, kann die Absicht des Obergerichts nicht gewesen sein, da der in Frage stehende Auftrag des Rüppel sen. an Schlingmann den Sinn überall nicht haben kann, daß Jener ohne Weiteres alle behaupteten Geschäfte als wirklich gemacht und als wirklich in dem behaupteten Maße Verlust bringend auf Rechnung der Firma nehmen wolle; in der Anweisung, die Geschäfte für Rechnung der Firma „zu ordnen" vielmehr offenbar der Vorbehalt einer Prüfung der Richtigkeit der vom Kläger über dieselben gemachten Angaben liegt.

Anlangend nun die Beschwerden der Beklagten, so muß diesen allerdings

A. darin beigetreten werden, daß dem in Rede stehenden Hergange die vom Obergerichte ihm beigemessene Wirkung nur dann zukommen kann, wenn mittelst desselben ein Vertrag zwischen Rüppel sen. und dem Kläger zu Stande gekommen ist, vermöge dessen Ersterer, dem Letzteren gegenüber, sich verpflichtet hat, die fraglichen Geschäfte, soferne sie wirklich von seinem Sohne eingegangen worden, so gelten und behandeln zu lassen, als seien sie von demselben in Vertretung der beklagtischen Firma eingegangen worden. Irrelevant würde es insbesondere

1) sein, wenn Rüppel sen. nur dem Buchhalter Schlingmann gegenüber die Intention kund gegeben haben sollte, die Verbindlichkeiten seines Sohnes auch aus solchen Geschäften, die derselbe nicht Namens der Firma abgeschlossen, zu über-

nehmen, da Schlingmann nicht Repräsentant des Klägers war. Ebensowenig würde

2) der angeblich von Rüppel sen. dem Schlingmann ertheilte Auftrag als solcher (auch wenn man darin, mit dem Obergerichte, findet, daß die Geschäfte, als für die Societät geschlossen, für Rechnung derselben gehend angenommen werden sollten) genügen, um eine Verpflichtung des Auftraggebers gegen den Dritten, mit welchem jene Geschäfte geordnet werden sollten, zu erzeugen. Hätte freilich Schlingmann in Befolgung jenes Auftrags, dem Kläger gegenüber, einen Anerkennungs- oder Verpflichtungs-Act vorgenommen, so würde der Inhaber der beklagtischen Firma an diese Handlung seines Mandatars gebunden sein. Ein derartiger Act ist indessen — worauf schon das Handelsgericht hingewiesen hat — klägerischerseits gar nicht behauptet worden.

3) Könnte man in der Behauptung, die replicando vom Kläger vorgebracht und fast wörtlich in den Beweissatz des Obergerichts übergegangen ist, finden, daß Rüppel sen. als richtig zugestanden habe, jene hinter seinem Rücken von seinem Sohne geschlossenen Geschäfte seien für die beklagtische Firma gemacht worden, so würde doch auch hierdurch die obergerichtliche Beweisnachlassung noch nicht gerechtfertigt sein. Es würde vielmehr dem Kläger überlassen bleiben müssen, dieses angeblichen außergerichtlichen Geständnisses zum Zwecke der Erbringung des vom Handelsgerichte ihm auferlegten Beweises sich zu bedienen.

4) Wenn dagegen in dem fraglichen Vorgange das liegt, daß Kläger und Rüppel sen. unter einander einig geworden, die von Rüppel jun. geschlossenen Geschäfte so zu behandeln, als seien sie Namens der beklagtischen Firma eingegangen worden, so genügt dies zur Verpflichtung der Letzteren aus diesen Geschäften, insoweit überhaupt eine Verbindlichkeit für Heinr. Rüppel jun. daraus hervorgegangen ist, ohne daß es im Näheren darauf ankommt, ob Rüppel sen. bei diesem Uebereinkommen die Absicht hatte, eine bereits bestehende Verpflichtung seiner Firma anzuerkennen oder eine fremde

Schuld für dieselbe zu übernehmen, oder endlich nur die Zweifel, die in dieser Beziehung obwalteten, durch Constituirung einer selbstständigen Verbindlichkeit zu beseitigen.

B. Betrachtet man nun das betreffende klägerische Vorbringen in seinem Zusammenhange, so sind demselben allerdings, wenn auch nur nothdürftig, diejenigen Momente zu entnehmen, wodurch ein Uebereinkommen des hier bezeichneten Inhaltes bedingt ist.

1) In der Behauptung des Klägers liegt, daß er sich nach dem Tode von Heinr. Rüppel jun. wegen Ordnung der mit diesem gemachten Geschäfte, in Begleitung seines früheren Associés Pelzer, persönlich an Rüppel sen. gewendet, und dieser in Anlaß dessen, noch in Gegenwart jener Beiden, mündlich und zu deren Gehör seinem Buchhalter Schlingmann den bezeichneten Auftrag ertheilt habe. Nach der Fassung des Handelsgerichts-Protocolls (p. 6. 7. 8.) könnte dies noch einigermaßen dunkel erscheinen. In beiden höheren Instanzen sind alle Zweifel durch die bestimmten Angaben des Klägers beseitigt.

O.-Ger. Act. [2] p. 7.
O.-A.-Ger. Act. [11] p. 6.

2) Wenn Kläger anführt, er habe Rüppel sen. Mittheilung über die Geschäfte gemacht, aus denen er jetzt Ansprüche herleite, so liegt darin, daß diese Mittheilung in eben dem Sinne gemacht worden, in welchem Kläger jetzt jene Ansprüche principaliter begründet hat: daß nämlich die fraglichen Geschäfte von Rüppel jun. in seiner Eigenschaft als Associé der beklagtischen Firma gemacht worden seien, und diese dafür zu haften habe.

3) Hat nun in Anlaß einer derartigen mündlichen Mittheilung des Klägers Rüppel sen. sich an seinen ebenfalls anwesenden Buchhalter gewendet und diesen beauftragt, „alle Geschäfte, die sein Sohn hinter seinem Rücken mit Jenem zusammen gemacht habe, für Rechnung der Firma zu ordnen," so muß hierin zugleich eine dem Kläger gegenüber abgegebene Erklärung, eine wenigstens indirecte und thatsächliche Beant-

wortung seiner Ansprache gefunden werden, welche — die [illegible]
levanz des an den Buchhalter ertheilten Auftrags vor[illegible]
gesetzt — vollkommen geeignet war, den Consens Rüppels [illegible]
das Verlangen des Klägers kund zu thun, und einer [illegible]
maligen Acceptation von Seiten des Letzteren nicht be[illegible]

4) Anlangend endlich den Inhalt des fraglichen Auft[illegible]
so können, wenn die vorausgegangenen Mittheilungen [illegible]
Klägers wirklich der Art waren, wie oben sub 2) unte[illegible]
ist, die von Rüppel sen. gebrauchten Worte „für Rech[illegible]
der Firma zu ordnen" (in welcher Beziehung eine [illegible]
weisung auf die obergerichtlichen Entscheidungsgründe ge[illegible]
nicht anders als dahin verstanden werden, daß er die Gesch[illegible]
welche sein Sohn mit dem Kläger gemeinschaftlich ge[illegible]
sobald sie als wirklich gemacht sich herausstellen würden, [illegible]
für die Firma gemacht gelten lassen wolle. Dies war [illegible]
eben das, oder jedenfalls ein selbstständiger und wesentl[illegible]
Theil dessen, was Kläger von Rüppel sen. beansprucht h[illegible]

C. War hiernach dem Obergerichte in Annahme der [illegible]
levanz der hier fraglichen Behauptung des Klägers bei[illegible]
stimmen, so mußte es doch bedenklich erscheinen, den [illegible]
demselben aufgestellten Beweissatz beizubehalten. — Dieser [illegible]
sich rein an den thatsächlichen Hergang, wie ihn der Kl[illegible]
erzählt, ohne diesen jedoch so zu specialisiren und speciali[illegible]
zu können, daß derselbe schon seinem äußeren Verlaufe [illegible]
nothwendig den Consens beider Theile über den Pun[illegible]
auf welchen es hier ankommt, in sich schließt. Ob durch de[illegible]
von Rüppel sen. seinem Buchhalter ertheilten Auftrag [illegible]
Uebereinkommen des mehrgedachten Inhaltes perfect ge[illegible]
den ist, hängt einerseits von dem speciellen Inhalte der [illegible]
theilung Klägers an Rüppel sen., und andererseits davon [illegible]
ob jener Auftrag unmittelbar oder doch in solcher Weise [illegible]
jene Mittheilung sich anschloß, daß er als eine dem Kläger [illegible]
auf dieselbe ertheilte Antwort erscheinen mußte. Das Urtheil [illegible]
darüber, ob überhaupt die Voraussetzungen eines Ueberein[illegible]
kommens vorliegen, hat offenbar auch das Obergericht [illegible]
die im Anschluß an die klägerische Sachdarstellung in der [illegible]

Beweissatz aufgenommenen Worte „Kläger gegenüber" bis nach dem Beweisverfahren offen halten wollen. Es ist aber nicht zu leugnen, daß diese Worte in dem Zusammenhange, worin sie vorkommen, keinen völlig klaren Sinn haben, und mußte es unter den obwaltenden Umständen überhaupt angemessen erscheinen, statt des vom Obergericht zu Beweis verstellten äußeren Herganges, den juristisch relevanten Kern desselben in dem Sinne zum Beweisthema zu machen, daß Kläger nur jenen Hergang, wie er nach Maßgabe vorstehender Entscheidungsgründe als von ihm behauptet angesehen wird, darzuthun braucht, um den ihm auferlegten Beweis zu erbringen. Hiernach und in theilweiser Berücksichtigung der beklagtischen Eventualbeschwerde ist der Beweissatz so, wie im Urtheile geschehen, gefaßt worden.

Da diese Aenderung des Obergerichts-Erkenntnisses nicht sowohl auf dessen materiellen Gehalt sich bezieht, als vielmehr nur die Formulirung der ihrem Wesen nach beibehaltenen Beweisnachlassung betrifft, konnte dieselbe auf die vom Obergerichte verfügte Vergleichung der Kosten voriger Instanz keinen Einfluß üben. Die Kosten gegenwärtiger Instanz waren, da den Beschwerden der Beklagten nur theilweise und in einem untergeordneten Punkte zu deferiren stand, zur Hälfte diesen zur Last zu bringen und nur die andere Hälfte derselben zu compensiren.

Frankfurt. 45.

Eugène Gromard zu Beauvais, Kläger, wider **Heinrich Brisbois** zu Frankfurt, Beklagten. Forderung betreffend.

1) Wenn bei einer unter zwei Kaufleuten bestehenden Geschäftsverbindung der eine Theil dem andern wiederholt Conto-Courante zusendet, so kann zwar mehrmaliges Unterlassen von Reclamationen gegen den Inhalt ein erhebliches Beweis-

moment für stillschweigende Anerkennung der Richtigkeit darbieten; eine rechtliche Pflicht des Empfängers, die zugesendeten Conto-Courante stets sofort zu prüfen und seine Einwendungen dagegen in nächster Zeit zu erheben, existirt aber nicht.

2) Wenn der eine Theil, nachdem das Conto-Courant-Verhältniß eine Reihe von Jahren hindurch fortgesetzt worden ist, sein Guthaben einklagen will, so darf er in der Klage, neben specificirter Rechnungs-Aufstellung aus dem Zeitabschnitt, in welchem Differenzen entstanden waren, den Saldo der Vorjahre allgemein aufführen, wenn er Grund hatte zu erwarten, daß dieser Saldo unbestritten bleiben werde. Verweigert der Gegner die Anerkennung, so hat der Kläger mit der Replik die specificirte Berechnung der Vorjahre beizubringen.

3) Das nach Art. 34 der Frankfurter Proceßordnung von 1820 zu Anfang des Rechtsstreites einmal angedrohte Präjudiz des Eingeständnisses gilt für alle ferneren Parteischriften, welche eine Pflicht der Beantwortung thatsächlicher Behauptungen mit sich bringen, als von selbst fortwirkend.

Rechtsfall. Die Parteien standen seit einer Reihe von Jahren in der Art in Geschäftsverbindung, daß Gromard das Incasso von Wechseln auf französische Plätze für Brisbois besorgte und die Beträge dafür theils remittirte, theils wieder durch Wechsel auf deutsche Plätze deckte, deren Einlösung Brisbois übernahm. Gromard übersandte über den Stand des Geschäftes halbjährliche Conto-Courante. Seit der zweiten Hälfte des Jahres 1858 löste sich die Geschäftsverbindung entstandener Differenzen wegen auf, und im April 1860 klagte Gromard auf Auszahlung eines Guthabens von fr. 5160. 10 cent., indem er als Anl. 3 einen Conto-Courant übergab, welcher mit einem Saldo per 31. December 1857 im Betrage von Fr. 2697. 59. Cent. begann, dann die Credit- und Debetposten des Jahres 1858 speciell aufführte und für das folgende Jahr nur noch die fernere Zinsberechnung mit halbjähriger Saldirung enthielt. Der Beklagte bestritt den Saldo per 31. December 1857 als un-

richtig und zu einer Einlassung nicht geeignet, erhob Erinnerungen gegen einzelne Posten des Jahres 1858, und machte endlich compensando mehrere Gegenforderungen geltend, darauf gestützt, daß der Kläger ihn in den Jahren 1853—1858 mit verschiedenen übereinkunftswidrigen Ansätzen belastet habe. In der Replik berief sich der Kläger darauf, daß sein jedesmaliges Guthaben früher und später mehrfach vom Beklagten anerkannt worden sei, ausdrücklich durch Briefe, stillschweigend unter andern dadurch, daß derselbe die ihm halbjährlich zugesandten Conto-Courante ohne Beanstandung angenommen habe. Obwohl der Beklagte theils durch jene Zusendung, theils durch seine eignen Bücher mit dem ganzen Rechnungsverhältniß genau bekannt sei, wolle Kläger doch durch Production der specificirten Conto-Courante aus den Jahren 1854—1857 (in den Anl. 8—11) den Saldo vom 31. December 1857 erläutern. Die Erinnerungen und Gegenforderungen des Beklagten wurden größtentheils bestritten. In der Duplik leugnete der Beklagte zwar nicht die briefliche Anerkennung des klägerischen Saldo vom 1. Januar 1854, wohl aber alle sonstigen Anerkennungen, behauptete, die excipiendo vorgebrachten Reclamationen von jeher in vielen Wiederholungen geltend gemacht zu haben, und verweigerte jedes Eingehen auf die Conto-Courante von 1854—1857, da sie verspätet seien und keine bloße Erläuterung der Klage enthielten.

Aus den hierauf ergangenen Entscheidungen, welche sich zum großen Theil mit der concreten Beurtheilung einzelner Rechnungsposten beschäftigen, ist nur das von allgemeinerem Interesse, was sich auf die oben ausgehobenen Rechtssätze bezieht.

1. Das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 19. September 1862

legte den mit der Klage überreichten Conto-Courant zu Grunde, ohne sich über die Pflicht des Beklagten zur Einlassung auf den Saldo vom 31. December 1857 und auf die mit der Replik nachgetragenen Conto-Courante ausdrücklich auszu-

sprechen. Es wurde danach der Beklagte, unter einstweiligem Abzug der noch zum Beweis verstellten Posten, in ein liquidum von fr. 2687. 74 cent. nebst Zinsen verurtheilt. Mehrere von den Einwendungen des Beklagten wurden als unbegründet oder nicht genügend substantiirt verworfen; wegen der übrigen wurden verschiedene Beweise normirt, zugleich aber dem Beklagten allgemein der Beweis auferlegt,

> daß er diese Beanstandungen bereits alsbald nach dem jeweiligen Empfang der klägerischen Conto-Courante dem Kläger gegenüber geltend gemacht habe,

und dies damit motivirt, daß ohne jedesmalige alsbaldige Reclamation, nach der in kaufmännischen Geschäften üblichen Ordnung und erforderlichen bona fides, und namentlich in Betracht des Schreibens des Beklagten vom 24. Juli 1858 (dasselbe enthält die allgemeine Zusage, „das Guthaben" des Klägers baldmöglichst berichtigen zu wollen) allerdings eine Genehmigung der klägerischen Conto-Courante von Seiten des Beklagten zu befinden sein würde.

Diese Entscheidung wurde auf beiderseitige Appellation

2) vom Appellationsgericht

in einem von der Juristenfacultät zu Jena eingeholten Erkenntniß vom 13. April 1863 aufgehoben, und wurde zunächst dem Kläger der Beweis auferlegt,

> daß und welchergestalt der Beklagte einen der drei Conto-Courant-Abschlüsse vom 31. December 1858 oder vom 30. Juni 1858 oder vom 31. December 1857 anerkannt habe;

für den Fall sodann, daß nur die dritte resp. zweite Alternative erwiesen werden sollte, wurden weitere theils vom Kläger, theils vom Beklagten zu führende Beweise über die einzelnen streitigen Posten des Jahres 1858 normirt, die Reclamationen des Beklagten aus den Jahren 1853—1857 aber im Decisum nicht erwähnt.

Die Gründe gingen dahin. Die einseitige Saldirung sei nichts, als eine Proposition des Rechnungsstellers; zur Klag-

begründung habe daher die Darlegung einer besonderen causa debendi gehört, außerdem würden nur die einzelnen Posten des Jahres 1858 in Betracht kommen können. Nun sei aber in der Replik eine mehrfache beklagtische Anerkennung der Saldi behauptet worden, und da sich unter Umständen der vorliegenden Art gar nicht anders annehmen lasse, als daß der Kläger sich auf eine irgendwie erfolgte Anerkennung stützen wolle, so liege in jener Behauptung nur eine zulässige Erläuterung der Klage. Beim Leugnen des Beklagten habe Kläger die Anerkennung eines der in der Klagbeilage 3 enthaltenen Abschlüsse zu beweisen, was unter andern durch den Brief vom 24. Juli 1858 geschehen könne, wenn dessen Beziehung zu einem bestimmten Abschluß festgestellt werde, möglicher Weise auch durch den Nachweis der unbeanstandeten Annahme der fraglichen Rechnung. Beweise Kläger nun die Anerkennung nur hinsichtlich der Saldirung vom 30. Juni 1858 oder vom 31. December 1857 so bedürften die späteren Rechnungsposten noch eines Beweises. Vermöge er den Beweis aber nicht einmal für den Saldo vom 31. December 1857 zu erbringen, so würde die Klage sofort abzuweisen sein, weil aus dem Conto-Courant-Verkehr des Jahres 1858 ein Guthaben des Klägers nicht vorliege. (Die letztere Annahme beruht auf einem Rechnungsirrthum). Ein weiteres Zurückgehen auf die mit der Replik vorgelegten Conto-Courante seit 1854 erscheine nicht mehr zulässig. Es würde das Maß zulässiger Erläuterung der Klage übersteigen, wenn der Kläger den ersten Klagposten wiederum seiner Entstehung nach in einen älteren Saldo und eine Reihe weiterer Posten auflösen wollte. Auf solche Weise würde, indem noch weiter zurückschreitend der jedesmalige Saldo in seine Bestandtheile zerlegt würde, anstatt des ersten auf den Saldo vom 31. December 1857 gestellten Klagpostens möglicher Weise der gesammte Geschäftsverkehr der Parteien zur Erörterung gelangen müssen. Es würde aber auch die Vertheidigung erschwert und beschränkt werden, wenn derselbe noch nach der Replik auf sämmtliche Einzelheiten der

beigebrachten Rechnungsauszüge sich erklären sollte. Unter diesen Umständen stelle sich noch kein Theil der Klagforderung als liquid dar. Auf die compensando geltend gemachten Gegenforderungen des Beklagten aus den Jahren 1853—1857 brauche überhaupt nicht eingegangen zu werden. Denn führe der Kläger keinen der ihm auferlegten Beweise einer Anerkennung, so komme es nach dem Obigen ohnehin zur Abweisung der Klage. Erbringe er aber einen jener Beweise, so würden damit alle Gegenforderungen aus dem früheren Geschäftsverkehr ausgeschlossen. Denn die Anerkennung eines Conto-Courant-Saldo enthalte, da mit der Saldirung die förmliche, jedes Eingehen auf die einzelnen voraufgegangenen Posten ersparende Abschließung der Geschäftsperiode bezweckt werde, eine definitive Abrechnung, und stelle einen neuen selbstständigen Schuldgrund her, so daß die Richtigkeit des einmal anerkannten Saldo überhaupt nur durch Darlegung eines Irrthums oder Betrugs anzufechten sei. Das gelte namentlich auch bezüglich nicht aufgenommener Compensationsposten, und nur ein ausdrücklicher Vorbehalt würde gegen die Annahme eines in der Anerkennung des Saldo liegenden Verzichtes schützen können. Einem solchen Vorbehalte würde aber bloßes Reclamiren nach Empfang der Conto-Courante, während der Beklagte der Erfolglosigkeit desselben ungeachtet den Geschäftsverkehr fortgesetzt habe, nicht gleich stehen.

Während der Beklagte sich bei dieser Entscheidung beruhigte, ergriff der Kläger weitere Berufung.

3. Das Erkenntniß des Oberappellationsgerichtes vom 27. Juni 1865

stellte zunächst die stadtgerichtliche Verurtheilung in einen für liquid erklärten Theil der klägerischen Forderung wieder her, jedoch, da einige vom Stadtgericht verworfene Einwendungen des Beklagten zum Beweis zugelassen wurden, nur auf die Summe von fr. 2368. 10 cent. Sodann wurden die verschiedenen Beweise wegen der einzelnen Rechnungsposten, einschließlich derjenigen aus den Jahren 1854—1857, normirt,

außerdem aber dem Kläger nachgelassen, theils alternativ neben den ihm obliegenden Beweisen, theils elisiv gegen die Beweise des Beklagten, auch den Beweis zu führen, daß und welchergestalt der Beklagte einen der, den betreffenden Rechnungsposten nachfolgenden, Conto-Courant-Abschlüsse anerkannt habe.

Entscheidungsgründe.

— — — —

B. Die Beschwerden (des Klägers) führen weiter auf die Frage, in welcher Weise der vom Kläger für den 31. Decbr. 1857 aufgestellte Saldo von fr. 2697. 59 cent. — Soll-Posten № 1 der Anlage 3 — für die Begründung der eingeklagten Forderung zu berücksichtigen sei.

Das Stadtgericht ist, ohne sich ausdrücklich darüber auszusprechen, unverkennbar davon ausgegangen, daß die Richtigkeit dieses Saldo an sich, und insoweit nicht die vom Beklagten in den §§ 12—17 der Vernehmlassung geltend gemachten Gegenforderungen eine Aenderung daran herbeiführen, als stillschweigend zugestanden zu erachten sei. Die vorigen Richter sind dagegen der Meinung, daß der Saldo nur unter der Voraussetzung, daß der Kläger die implicite schon in der Klage und ausdrücklich in der Replik behauptete (mittelbare oder unmittelbare) Anerkennung desselben nachzuweisen vermöge, Berücksichtigung finden könne, indem der Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, sich auf die erst in der Replik durch Beibringung der früheren Conto-Courante versuchte specielle Darlegung der Entstehung des Saldo einzulassen. Die Folge dieser Auffassung war zugleich die Ausscheidung aller aus der Zeit vor dem 1. Januar 1858 herrührenden Gegenforderungen des Beklagten aus dem gegenwärtigen Proceß, da dieselben im Falle einer Anerkennung des Saldo als aufgegeben anzusehen seien, falls aber eine Anerkennung nicht bewiesen würde, es nach der oben erwähnten Berechnung zur Abweisung der Klage kommen müsse.

Bei diesem Inhalt der sententia a qua kann soviel keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn man abweichend davon dazu gelangt, den Kläger mit dem Saldo vom 31. Decbr. 1857 auch ohne den Beweis seiner außergerichtlichen Anerkennung zuzulassen, worauf die Beschwerden 1 und 3 des Klägers gerichtet sind, die Nothwendigkeit wieder eintritt, die Gegenforderungen des Beklagten aus der vorangehenden Zeit (§ 12—17 der Vernehmlassung), wodurch sich der Saldo in tantum mindern würde, zu berücksichtigen und, soweit nicht schon rechtskräftig darüber entschieden sein sollte, der Prüfung zu unterziehen. Denn ein stillschweigendes Zugeständniß wegen mangelnder Einlassung kann selbstverständlich nur unbeschadet der bereits in der Vernehmlassung ausdrücklich geltend gemachten Gegenforderungen angenommen werden. Und wenn der Beklagte sich bei der sententia a qua beruhigt hat, so ist freilich soviel rechtskräftig damit gegen ihn entschieden, daß jede mittelbare oder unmittelbare Anerkennung der Richtigkeit des Saldo vom 31. Decbr. 1857 einen Verzicht auf jene Gegenforderungen in sich schließt; für den Fall dagegen, daß eine solche Anerkennung nicht nachgewiesen werden sollte, wurde, weil die sententia a qua hier zur Abweisung der Klage gelangte, über den Grund oder Ungrund der Gegenforderungen gar nichts erkannt. Insoweit aber das Stadtgericht die Gegenforderungen als unbegründet verworfen hat, ist das Urtheil für den eben bezeichneten Fall deshalb noch ein offenes, weil durch den Ausspruch zweiter Instanz, daß über die Gegenforderungen im gegenwärtigen Proceß nicht zu erkennen sei, die stadtgerichtliche Verwerfung für aufgehoben zu achten ist, und sofern dieser Ausspruch geändert wird, die gegen jene Verwerfung mit gerichtete dritte Beschwerde des Beklagten in voriger Instanz wieder auflebt.

Was die Sache selbst betrifft, so entsteht, bei der Unverbindlichkeit eines einseitig gezogenen Rechnungssaldo,

1) die Frage, ob der Kläger befugt war, die specielle Darlegung der Entstehung des Saldo vom 31. Decbr. 1857 durch Beibringung der Conto-Courante von 1854 bis 1857 noch in der Replik nachzutragen.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob diese Frage, selbst wenn in der Voranstellung jenes allgemeinen Saldo ein Fehler der Klage gefunden werden müßte, nicht nach den milderen Grundsätzen, welche die Frankfurter Praxis im Vergleich zu der Vorschrift der Reform. Th. I. Tit. 17. § 5 zur Geltung gebracht hat, zu bejahen sein würde. Denn mit Rücksicht auf die handelsrechtliche Eigenschaft der gegenwärtigen Streitsache und die Natur eines kaufmännischen Conto-Courant-Verhältnisses kann die angestellte Klage nicht als eine fehlerhafte und ihre erwähnte Ergänzung in der Replik nicht als eine unstatthafte angesehen werden.

Wenn zwischen zwei Kaufleuten eine Reihe von Jahren hindurch ein Conto-Courant-Verhältniß bestanden hat, und in Folge hervorgetretener Differenzen will der eine derselben sein schließliches Guthaben einklagen, so hängt die Frage, wieweit er in der Begründung seiner Forderung zurückzugehen habe, von den Umständen und namentlich davon ab, bis zu welchem Zeitpunkt das Verhältniß ein unbestrittenes geblieben war. Hat der Kläger im Laufe mehrerer Jahre seinem Gegner wiederholt Rechnungsabschlüsse zugesendet, und dieser hat entweder überhaupt keine, oder nur einzelne bei Fortsetzung des Rechnungsverhältnisses leicht auszugleichende Erinnerungen dagegen erhoben, so wird der Kläger mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit zu der Annahme veranlaßt, daß nur die Rechnungsposten des oder der Jahre, worin es zu Differenzen kam, einer gerichtlichen Entscheidung bedürfen, der vorzutragende Saldo der Vorjahre aber die sofortige Anerkennung des Gegners finden werde. Wollte man einem solchen Kläger, wegen der Möglichkeit eines theilweisen Irrthums in jener Annahme, die Nothwendigkeit auferlegen, die gesammten Rechnungen der Vorjahre, bis zu einem ausdrücklich anerkannten Abschluß oder sogar bis zum Anfang der Geschäftsverbindung zurück, der Vorsicht halber sofort vorzulegen, so würde damit dem Proceßmaterial eine unverhältnißmäßige und unnöthig belästigende Ausdehnung gegeben werden. Diese Ausdehnung würde sich freilich nicht vermeiden

lassen, wenn es sich um die Darlegung von Thatsachen han-
delte, die dem Beklagten fremd sein könnten. Allein im
bezeichneten Falle darf der Kläger voraussetzen, daß dem Be-
klagten der gesammte Thatbestand aus den früher zugeschick-
ten Rechnungsabschlüssen wie aus seiner eignen Buchführung
bekannt sei, und darf, indem die Voranstellung des Sal-
der Vorjahre eine Bezugnahme auf die außergerichtlich m-
getheilte Specification in sich schließt, vorerst abwarten,
sich der Beklagte in der Vernehmlassung erkläre, ob er den
vorgetragenen Saldo als richtig anerkennen, oder auch das
Rechnungsverhältniß der vorangehenden Zeit als streitig be-
handeln werde; für welchen letzteren Fall sich der Kläger
selbstverständlich bereit zu halten hat, mit der Replik die frü-
heren Conto-Courante zu den Acten zu bringen. Eine
Vereinfachung des Streites so formirte Klage kann nicht
eine fehlerhafte bezeichnet, sondern nur als ein sachgemä
Versuch betrachtet werden, durch den Wechsel der ersten Schrif-
ten den Umfang und die Grenzen des Streitverhältnisses
concreten Sachlage entsprechend festzustellen.

Im vorliegenden Falle sind die erwähnten Voraussetzun-
gen vollständig vorhanden. Die Parteien sind beide Kauf-
leute, und wie der Beklagte selbst angiebt, bestand die Ge-
schäftsverbindung unter ihnen schon 12 Jahre lang. Er
auch die Behauptung, daß er bis 1859 halbjährige Conto-
Courante empfangen habe, nicht zu leugnen vermocht, sondern
nur soviel in Abrede gestellt, daß sie regelmäßig an-
kommen seien, und daß er sich im Besitze sämmtlicher Conto-
Courante befinde, ein Umstand, der in der hier fraglichen
Beziehung dem Kläger nicht zum Nachtheil gereichen kann.
Dem Beklagten waren also durch jene Zusendung und seine
eigne Buchführung die Rechnungsposten, aus denen der vor-
getragene Saldo hervorgegangen war, bereits bei Anstellung
der Klage hinlänglich bekannt, wie dies denn auch dadurch
unwiderleglich bestätigt wird, daß er schon in der Vernehm-
lassung auf das Rechnungsverhältniß der Jahre 1853 bis 1857
zurückging, verschiedene Erinnerungen darüber als Gegenfor-

derungen aufstellte und dabei die speciellste Kenntniß des Inhalts der klägerischen Conto-Courante bekundete. Auch ist es unerheblich, wenn er (was der Kläger in Abrede stellt) die in der Vernehmlassung vorgebrachten Erinnerungen schon außergerichtlich mehrfach zum Gegenstand von Reclamationen gemacht haben will; denn er hat selbst nicht zu behaupten vermocht — und sein Brief [13] spricht dagegen —, daß er die Rechnungsabschlüsse des Klägers im Ganzen als Grundlage des ferneren Conto-Courant-Verhältnisses zurückgewiesen habe, und alle jene Erinnerungen bestehen nur aus Compensationsposten, deren Begründung und Nachweis dem Beklagten selbst oblag. Sonach war die nachträgliche Beibringung der früheren Conto-Courante in der Replik nicht sowohl die Verbesserung einer mangelhaft angestellten Klage, als vielmehr eine Erweiterung ihrer Begründung, die erst durch die Erklärung des Beklagten nothwendig wurde, und deshalb für diesen Fall als stillschweigend vorbehalten angesehen werden durfte. Selbstverständlich mußte dem Beklagten ausreichendes Gehör darüber gestattet werden; dazu war ihm aber in der Duplikschrift volle Gelegenheit geboten, und zur Verweigerung der Einlassung war er hier keineswegs berechtigt. Wenn der Umfang der Anl. 8—11 die Einhaltung der üblichen Frist zum Dupliciren erschwerte, so hätte dies nur eine Fristbitte motiviren können; ein Punkt, der schon darum nicht mehr in Betracht kommt, weil dem Beklagten durch stillschweigende Gestattung des Gegners vom 20. December 1860 bis zum 8. Mai 1862 Zeit zur Einbringung der Duplik gelassen worden ist.

2) War der in Frage stehende Nachtrag in der Replik ein zulässiger, so mußte der Beklagte, welcher jede Einlassung darauf verweigert hat, des gesammten Inhalts der in den Anl. 8—11 producirten Conto-Courante und des daraus gezogenen Rechnungsergebnisses, soweit sich dasselbe nicht durch die schon in der Vernehmlassung geltend gemachten Gegenforderungen ändert, nach Art. 34 der Proceßordnung von 1820 für geständig erachtet werden. Einer nochmaligen besonderen

Androhung des anzunehmenden Eingeständnisses bedurfte es bei Mittheilung der Replikschrift nicht, da es in Bezug auf den Art. 34 cit. ausgemachte Praxis in Frankfurt ist, daß die einmalige Androhung jenes Präjudizes zu Anfang des Processes für alle ferneren Proceßschriften der Parteien, welche eine Pflicht zur Beantwortung von Behauptungen des Gegners mit sich bringen, ohne Weiteres fortwirkt, wie dieser Satz vom O.-A.-Gericht noch neuerlich in der Sache

Schnapper c. Cugini Marsano Penco & Comp. Januar 1864

zur Anwendung gebracht worden ist. Auch kann es bei der Allgemeinheit der Vorschrift des Art. 34 keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagte verpflichtet ist, sich über alle thatsächlichen Behauptungen, welche zulässigerweise in der Replik vorgetragen werden, bei Vermeidung des Eingeständnisses zu erklären, ohne daß dies etwa auf solche Behauptungen, welche das Fundament eigentlicher Repliken bilden, beschränkt werden dürfte. Im vorliegenden Falle war um so weniger Grund zu einer Abweichung von diesen Sätzen vorhanden, da der Beklagte selbst schon in der Vernehmlassung eine Reihe von Rechnungsposten aus den Jahren 1853 bis 1857 zum Gegenstand specieller Erörterung gemacht hatte, also um so mehr darauf gefaßt sein mußte, daß der Kläger in der Replik das gesammte Conto-Courant-Verhältniß aus jener Zeit ins Klare zu stellen versuchen werde.

3) Hiernach kommt es weiter auf die Gegenforderungen des Beklagten an, insofern der Kläger keine ihrer Berücksichtigung entgegenstehende Anerkennung beweisen wird.

a) Die erste und hauptsächlichste der Gegenforderungen (§ 12 der Vernehmlassung) gründet sich darauf, daß der Kläger nach einer Uebereinkunft der Parteien für sämmtliche in francs ausgestellte Wechsel auf Leipzig einen Coursverlust von $1\frac{1}{2}$ % zu vergüten gehabt habe. Das Stadtgericht hat die Ausdehnung dieser Forderung auf das Jahr 1853 ausgeschlossen und der Beklagte hat sich dabei beruhigt. Für die Jahre 1854 bis 1858 hat dagegen das Stadtgericht die Forderung zugelassen, und von dem doppelten Beweise des

Beklagten abhängig gemacht, einmal, daß er die diesen Cours-verlust betreffende Beanstandung alsbald nach dem jeweiligen Empfang der klägerischen Conto-Courante dem Kläger gegenüber geltend gemacht habe, sodann daß jene Uebereinkunft für die gedachten Jahre wirklich bestanden habe; daneben ist dem Beklagten noch über den Betrag der in das Jahr 1854 fallenden Tratten jener Art, soweit er vom Kläger bestritten wurde, Beweis auferlegt worden. Der Beklagte hat sich in grav. 4 voriger Instanz über die Beweisauflage wegen jedesmal erhobener Reclamation beschwert; der Kläger hat die Entscheidung überhaupt nicht speciell angefochten. Auf Anlaß seiner umfassenden Beschwerde, daß ihm nicht der Beweis der Anerkennung der Schuld des Beklagten nachgelassen worden sei, hat aber die sententia a qua, in Folge der mehrerwähnten Auffassung über die Wirkung der Anerkennung, die Gegenforderung für die 4 Jahre 1854 bis 1857 auf sich beruhen lassen, und nur hinsichtlich des in das Jahr 1858 fallenden Betrags von fr. 26. 54 cent. dem Beklagten den Beweis der fraglichen Uebereinkunft, sowie der Richtigkeit des eben bemerkten Betrages, nicht aber auch den der außergerichtlichen Reclamation auferlegt. Insoweit wurde also dem grav. 4 des Beklagten stattgegeben.

Diese letzterwähnte Aenderung berechtigt formell allerdings nicht, die stadtgerichtliche Beweisauflage wegen zeitig erhobener Reclamation auch für den Zeitraum von 1854 bis 1857 für beseitigt anzusehen. Auf Grund des wieder auflebenden beklagtischen grav. 4 war aber die Beweisauflage allerdings zu streichen und dadurch die Entscheidung über gleichartige, nur verschiedenen Zeiträumen angehörige Forderungen in Uebereinstimmung zu bringen. Denn es kann nicht für gerechtfertigt erachtet werden, wenn das Stadtgericht annimmt, die dem Beklagten zugesendeten Conto-Courante müßten als von ihm genehmigt gelten, wenn er nicht als- bald seine Einwendungen dagegen dem Kläger mitgetheilt habe. Allerdings kann bei einer fortgesetzten Geschäftsverbindung mehrmaliges Unterlassen von Reclamationen ein erheb-

liches Beweismoment für stillschweigende Anerkennung der Richtigkeit empfangener Conto-Courante sein; eine Pflicht des Empfängers, den zugesendeten Conto-Courant stets sofort zu prüfen und in bestimmter Frist oder in nächster Zeit seine Einwendungen dagegen zu erheben, existirt aber nicht, und läßt sich weder aus der in kaufmännischen Geschäften üblichen Ordnung und erforderlichen bona fides, noch aus der Analogie der für den Empfang bestellter Waaren und für manche Fälle kaufmännischer Correspondenz geltenden Grundsätze herleiten. Ebensowenig ist in dem Inhalt des Briefes [13] ein Grund zu finden, warum der Beklagte in concreto von einer solchen Pflicht betroffen worden wäre.

---

46. Lübeck.

Bernhard Beinbrech in Brüssel, Kläger, wider **Joachim Franck** in Lübeck, Beklagten, Auslieferung von Waaren betreffend.

1) Das Verfolgungsrecht des Absenders in Betreff der unbezahlten noch unterwegs befindlichen Waare im Falle der Insolvenz des Destinatairs ist als durch einen allgemeinen Gebrauch in die Handelswelt eingeführt anzuerkennen.

2) Die Retentionseinrede des Besitzers ist nach dem am Wohnorte desselben geltenden Rechte zu beurtheilen.

Rechtsfall. In Gemäßheit einer Ordre von Alsthan in Wiborg kaufte Kläger als dessen Einkaufscommissionär eine Partei Roßhaarzeug und übersandte die Waare in 4 Ballen dem Beklagten zur Weiterbeförderung an Alsthan. Vor geschehener Weiterbeförderung der vom Beklagten entgegengenommenen noch unbezahlten Waare brach über das Vermögen des Destinatairs Concurs aus; Kläger reclamirte die Waare vom Beklagten unter dem Erbieten zur Spesenvergütung, letzterer jedoch verweigerte die Herausgabe, weil er die-

selbe zur Deckung einer ihm an Alsthan zustehenden Forderung an sich halte. Kläger begehrt nun die Auslieferung der 4 Ballen Roßhaarzeug nebst Ersatz aller Schäden und Kosten.

Das Erkenntniß des Niedergerichts vom 5. Decbr. 1863 ging davon aus, daß die erhobene Klage als Mandatsklage begründet sei, daß mithin der Beklagte, welcher nach den vorliegenden Thatsachen lediglich Spediteur des Klägers gewesen, der Contreordre desselben nachzukommen habe, wenn ihm nicht das in Anspruch genommene Retentionsrecht zustehe. Es nahm aber auf Grund eines Senatsattestats vom 1. Septbr. 1798 ein für Lübeck auch wegen nichtconnexer Forderungen bestehendes Retentionsrecht an, das dem Beklagten zur Seite stehe, wenn Alsthan zur Zeit der Reclamation des Klägers bereits Eigenthümer der Waare geworden, und dem Beklagten damals gegen den letzteren eine Forderung zustand. Diesem gemäß ließ, da die bezüglichen Thatsachen unter den Parteien bestritten waren, das Niedergericht dem Beklagten einen Beweis nach, dessen Formulirung nicht weiter interessirt.

Kläger appellirte und das Obergericht verurtheilte (auf erfolgte Actenversendung) unterm 1. Septbr. 1864 den Beklagten der Klagbitte gemäß. Davon ausgehend, daß die Mandatsklage rechtskräftig als begründet anzusehen sei, beschränkte es seine Cognition lediglich auf die Retentionseinrede des Beklagten. Es gelangt zwar mit dem Niedergericht zu dem Resultate, daß diese Einrede begründet sein würde, wenn zur Zeit der Insolvenzerklärung des Alsthan dieser bereits als Eigenthümer der Waare zu betrachten war und dem Beklagten gegen ihn eine Forderung zustand, verneint aber den Eigenthumsübergang auf Alsthan vorzugsweise aus dem Grunde, weil derselbe nicht nach Lübischem sondern nach französischem Rechte zu beurtheilen sei, welches letztere den Verlust des Eigenthums des Absenders insofern beschränke, als demselben beim Falliment des Destinatairs das Recht der revendication der noch auf dem Wege sich befindenden Waare zustehe; die erst nach Ausbruch des Concurses entstandene Befugniß des Beklagten aber, seine Befriedigung

aus der retinirten Waare zu suchen, vermöge das mit Erkennung des Concurses entstandene Recht der revendication nicht wieder aufzuheben. Eine Beschränkung des Eigenthumsübergangs beschränke auch das Retentionsrecht des Beklagten und so sei die gesetzliche Beschränkung des Eigenthumsübergangs durch das Recht der revendication auch gegenüber dem Beklagten wirksam.

Das Oberappellationsgericht hat zwar die gegen das obergerichtliche Erkenntniß eingewendete Appellation des Beklagten in seinem Urtheile vom 29. Juni 1865 verworfen und dieses Erkenntniß bestätigt; jedoch ergeben die mitzutheilenden Entscheidungsgründe eine von den bisherigen Erkenntnissen völlig abweichende Auffassung der Sache.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger hat sein Verlangen, der Beklagte solle die in den Acten näher bezeichneten, klägerischerseits im Juni 1863 von Brüssel für A. Alfthan in Wiborg abgefertigten und in des Beklagten, als des mit der Weiterbeförderung der Waare nach Finnland beauftragten Lübeckischen Spediteurs, Besitz gelangten 4 Ballen Roßhaarzeug ihm ausliefern, auf drei Klagegründe gestützt:

1) auf das Fundament des von ihm, dem Beklagten, ertheilten, von diesem jedoch unausgeführt gelassenen und in dieser Lage der Sache klägerischerseits widerrufenen Speditions-Auftrages (actio mandati);

2) auf das ihm, dem Kläger, als dem Absender einer noch auf dem Transport zu dem Besteller begriffenen unbezahlten Waare, nachdem dieser Letztere insolvent geworden, an derselben zustehende Verfolgungsrecht; endlich

3) auf das ihm an der bezeichneten Waare zuständige Eigenthum (rei vindicatio).

Der Beklagte hat die erste und dritte dieser Klagebegründungen bestritten, indem zu 1) er überhaupt nicht Mandatar des Klägers gewesen sei, eventuell aber der klägerische

Widerruf des ertheilten Mandates nicht als zeitig erfolgt würde angesehen werden können, und zu 3) nach den zwischen dem Kläger und dem Beklagten maßgebenden Rechtsbestimmungen und stattgehabten Vorgängen das Eigenthum an der abgefertigten Waare, wenn nicht schon früher, dann doch jedenfalls zur Zeit deren Abganges von Brüssel von dem Kläger auf den Alfthan übergegangen sei, so daß also eine Vindication des Klägers nicht mehr möglich erscheine. Das zweite Klagfundament — von dem Kläger in der Klageschrift condictio causa data causa non secuta genannt, in der Replik als das durch Handelsgebrauch eingeführte, dem durch die Insolvenz des Bestellers gefährdeten Absender zustehende Verfolgungsrecht der noch unterwegs befindlichen unbezahlten Waare bezeichnet —, hat dagegen der Beklagte als an sich rechtsbeständig anerkannt, allein demselben (so wie eventuell der Klage auch in deren anderen Begründungen) auf dem Fundament einer zufolge seiner Behauptung ihm an den Besteller der Waare Alfthan zum Belaufe von Crt. ℔ 8222. 9 ß zuständigen Forderung die Retentionseinrede entgegengesetzt, indem er verlangen dürfe, aus der in Rede stehenden Waare, so weit deren Werth reiche, wegen jener Forderung sich bezahlt zu machen, bevor der Kläger irgendwelches Recht daran ausübe, was hier, wo die Waare nur einen Facturawerth von fr. 2313. 96 cent. habe, dahin führe, daß der Kläger leer ausgehen müsse.

Die Befugniß des Beklagten, das Retentionsrecht dem vorbesprochenen Anspruche des Klägers gegenüber geltend zu machen, mußte indessen verneint werden, und es kam mithin weder auf die verschiedenen in Betreff der actio mandati aus den Acten sich ergebenden unter den Parteien streitigen Fragen (ob der beklagtischen Bekämpfung dieser Klage in zweiter und dritter Instanz Rechtskraft entgegenstehe, ob dieselbe an sich begründet sei, und ob ihr gegenüber die Retentonseinrede durchgreifend sein würde), noch auch auf den Punkt an, ob die vom Beklagten über die an Alfthan ihm zuständige Forderung gemachten Angaben, um Berücksichtigung

zu finden, genügend substantiirt seien, welches letztere der Kläger geleugnet hat. Ebenso wenig bedarf die Eigenthumsklage einer Entscheidung, wenngleich aus den ferneren Ausführungen sich ergeben wird, daß der Kläger schon zur Zeit der Abfertigung der Waare von Brüssel aufgehört hat Eigenthümer derselben zu sein, jene Klage also, wenn es auf sie ankäme, unbegründet erscheinen würde.

Legte man für den Zweck der hier erforderlichen Entscheidung nur diejenigen Rechtssätze, welche für das zwischen dem Kläger und dem Besteller der streitigen Waare, Alsthan, — oder nachdem derselbe insolvent geworden ist, dessen Debitmasse — bestehende Rechtsverhältniß maßgebend sind, zu Grunde, so würde der Anspruch des Klägers, die Waare, ohne irgendwie vom Beklagten dabei behindert zu werden, wiederzuerlangen, ohne Bedenken anzuerkennen sein. Denn das zwischen dem Alsthan und dem Kläger durch die von ersterem nach Brüssel ertheilte, dort vom Kläger acceptirte und alsbald ausgeführte Waarenbestellung veranlaßte Geschäft stand mit den daraus weiter sich ergebenden Folgen unter der Herrschaft des belgischen (französischen) Rechts. Ging freilich nach diesem das Eigenthum an der Waare schon mit deren Specialisirung, sobald nämlich diese äußerlich erkennbar hervortrat und in Folge dessen auch für den Kläger verbindlich wurde —, unter den vorliegenden Umständen also, wenn nicht etwa aus besonderen Gründen schon früher, dann jedenfalls zu dem Zeitpunkte, in welchem der Kläger die dem Alsthan facturirte Waare der Eisenbahn zum Transportiren zustellte — auf den letzteren über,

arg. Code civil Art. 1138 u 1583,

so stand doch, nachdem der Besteller in Insolvenz verfallen war, so lange die Waare unterwegs sich befand und noch nicht in den Waarenraum des Bestellers selbst oder eines mit deren Verkauf beauftragten Vertreters desselben (dans les magasins du failli ou dans les magasins du commissionaire chargé de les vendre pour le compte du failli) gelangt war, dem Kläger die revendication. nämlich das Recht zu,

selbst gegen den Willen des Bestellers oder des Vertreters der Masse desselben sich in deren Besitz zurückzuversetzen.

Code de commerce (von 1807) Art. 576 u. 577 (Redaction von 1838 Art. 576.)

Auch konnte diesem klägerischen Zurückforderungsrechte seitens eines Dritten kein Widerspruch entgegengesetzt werden, mit der alleinigen Ausnahme, wenn der Widersprechende die Waare und zwar redlicher Weise käuflich erworben gehabt hätte (si la marchandise lui avait été vendue sans fraude sur factures et connaissements ou lettres de voiture).

Code de Commerce Art. 578 (Redaction von 1838 Art. 576).

Nun steht aber ein an den Beklagten geschehener Verkauf der Waare überhaupt nicht in Frage, und eben so wenig kann der Beklagte, welcher nach seinen eigenen Angaben bloßer Spediteur gewesen ist, und zwar gleichviel, ob er von dem Besteller (Alfthan) oder von dem Absender (dem Kläger) mit der Spedition beauftragt wurde, so wie ob er im ersteren Falle von Alfthan den besonderen Auftrag, für denselben die Waare in Lübeck entgegenzunehmen, erhalten haben oder nicht erhalten haben mag, als ein Alfthan'scher commissionaire chargé de vendre la marchandise angesehen werden. Hiernach ist, wie oben bemerkt worden, an dem Vorhandensein einer rechtlich begründeten und durch keine beklagtische Einrede zerstörten Befugniß des Klägers zur revendication nach französischer Rechtsauffassung nicht zu zweifeln.

Nicht ohne Grund macht indessen der Beklagte geltend, daß er berechtigt sei, in Betreff der von ihm auszuüben versuchten Retention die Auffassungen des fremden Rechts zurückzuweisen und dagegen die Retention unter denjenigen Voraussetzungen und mit den Wirkungen aufrecht zu erhalten, unter und mit welchen das einheimische Recht dieselbe verstatte. Es ist nämlich dem Beklagten darin beizupflichten, daß, wenn das einheimische Recht an die von einem Spediteur vorgenommene Besitzergreifung einer zwischen dritten Personen unterwegs befindlichen Waare gewisse für ihn vortheilhafte Folgen knüpfen sollte, diese letzteren in ihrem ganzen Umfange von dem

einheimischen Richter anerkannt werden müßten, wie auch im das zwischen den anderen Betheiligten maßgebende auswär tige Recht den in Rede stehenden Punkt auffassen möge.

Kommt es hiernach für die Beurtheilung der beklagtisch Retentionseinrede auf das zu Lübeck in Gültigkeit befindli gemeine Recht resp. auf die daselbst geltenden allgemein handelsrechtlichen Normen, sowie, insofern besondere partic larrechtliche Bestimmungen in Betreff des vorliegenden Pun tes bestehen sollten, auf diese an, so ist zunächst daran nic zu zweifeln, daß das Verfolgungsrecht des unbezahlten Ve käufers oder Einkaufs=Commissionärs an den abgesandte und noch unterwegs befindlichen Waaren in dem Falle, wen der Käufer oder Besteller derselben in Insolvenz verfallen i auch in Lübeck Anerkennung finden muß, wie es denn b früheren Entscheidungen, worüber unten das Nähere angefüh werden wird, Anerkennung gefunden hat. Auch bedarf diese Punkt dem Beklagten gegenüber, welcher auch seinerseits dav ausgeht, daß jenes Verfolgungsrecht durch einen allgemeine Gebrauch in die Handelswelt eingeführt ist, einer weitere Ausführung nicht. Indessen kommt es hier nicht allein au die Existenz jenes Rechtes im Allgemeinen, sondern auf da Nähere der Voraussetzungen an, durch welche dessen Aus übung bedingt wird. Hiebei wird unbedenklich dann ein feste Grundlage als vorhanden anzunehmen sein, wenn, so weit es auf gewisse einzelne Fragen ankommt, die in den vornehmsten Handelsstaaten geltenden geschriebenen oder un geschriebenen Rechte über jene Fragen übereinstimmend sich aussprechen.

Nun ist aber eine völlige Uebereinstimmung der gedachten Rechte gerade über den hier wesentlich in Betracht kommen den Punkt vorhanden, daß das Verfolgungsrecht des Absen ders — selbstverständlich falls die sonstigen Voraussetzungen desselben, Unbezahltsein der Waare und Insolvenz des Bestel lers, vorhanden sind — so lange fortdauert, als nicht der Transport, welcher die Vermittelung zwischen der Besitz-Ent äußerung des Absenders und der Besitz=Ergreifung des Be

stellers hatte bilden sollen, seine Endschaft erreicht hat, sowie daß dritte Personen — und als eine solche ist hier auch der Spediteur im Verhältnisse zu den Hauptbetheiligten anzusehen — nur insoweit dem Absender entgegentreten dürfen, als sie durch bona fide geschehenen Erwerb der Connossemente oder etwaniger sonstiger auf die Waare ausgestellten Documente ein selbstständiges Recht auf dieselbe erworben haben. In einem solchen Falle muß allerdings der Absender im Interesse der Sicherheit des Verkehrs dem gutgläubigen Erwerber der in Rede stehenden Documente weichen.

Vergl. anlangend

England

wegen des in transitu Seins:

Smith, mercantile law. Ed. 6. pag. 558.

Abbott, law of merchant shipping. Ed. 10. pag. 399.

Ross, leading cases in the commercial law. Vol. 2. pag. 251.

wegen des Schutzes der bona fide Connossements-Erwerber 2c.:

Abbott, pag. 405. 408. ff.

Smith, pag. 300.

Nordamerika:

Kent, Commentaries. Ed. 9. Bd. 2. S. 740.

„before the goods arrive into the actual possession of the consignee or vendee, or to the destination which he has appointed for them," S. 748:

„if the vendee upon the strength of documents, sufficient to transfer the property, sells the goods to a bona fide purchaser."

Frankreich:

die schon citirten Artikel des Code de commerce.

Holland:

wegen des Unterwegsseins

Wetboek van Koophandel Art. 232

„nog onderweg zijn"

wegen des Schutzes der bona fide-Erwerber:

daselbst Art. 288 „op facturen en op cognossementen of vrachtbrieven te goeder trouw gekocht."

Preußen:

Concursordnung §§ 26. 27

§ 26 — „wenn die Waaren nicht schon vor der Concurs-Eröffnung in das Waarenlager oder in einen anderen Aufbewahrungsort des Gemeinschuldners oder eines Dritten abgeliefert sind, welcher den Auftrag hat, sie zur Verfügung des Gemeinschuldners zu halten."

§ 27 — Das Rückforderungsrecht ist ausgeschlossen — wenn die Waaren — in gutem Glauben auf Grund des Konnossements ꝛc. gekauft worden sind.

Hamburg:

Falliten-Ordnung von 1731 Art. 25 (in welchem der sub № 4 vorkommende Ausdruck rei vindicatio uneigentlich gebraucht ist;) vgl. O.-A.-Ger.-Erk. i. S.

Schunck Souchay & Comp. c. Crusen & Flor, 27. Juni 1843. — Hamb. Samml. Bd. 1. S. 68 zu Auf.

Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten, 1857 (zu Art. 726 und 727) S. 400 u. 401.

Und in einem älteren Lübeckischen Falle:

Wiesenthal & Comp. c. Jacobj & Suse und Cur. bon. Schön. — O.-A.-Ger.-Erk. vom 30. Mai 1854

ist das Recht des Absenders, „die unbezahlte Waare wegen der eingetretenen schlechten Umstände des Käufers vor Ablieferung an denselben anzuhalten (stoppage in transitu)" vom O.-A.-Gericht ohne Bedenken als bestehend vorausgesetzt worden, nachdem in einem früheren, dieselbe Angelegenheit betreffenden Erkenntnisse:

Jacobj & Suse c. Wiesenthal & Comp. vom 22. December 1849

der Vorrang des gutgläubigen Connossements-Erwerbers vor dem die unbezahlte Waare verfolgenden Absender wesentlich aus dem nothwendiger Weise dem tadellosen Connossements-Erwerb zu gewährenden Schutz („Hand muß Hand wahren") abgeleitet worden war.

Daß nun der Spediteur als solcher, falls er wegen einer an den Destinatair der ihm zur Weiterbeförderung zukommenden Waare ihm zustehenden Forderung diese letztere anhält, in Betreff seiner Befriedigung aus derselben dem Absender gegenüber keinen Rechtsschutz auf derjenigen Grundlage

erlangen kann, welche für den gutgläubigen Erwerber des Connossements, Ladescheins oder eines ähnlichen Documents („sufficient to transfer the property") anzuerkennen ist, kann nicht in Zweifel gezogen werden. Der von ihm auf die Waare unternommene Angriff beruhet überhaupt auf keinem vorangehenden Geschäft. Er hatte nach den früheren Vorgängen für sich Rechte an der Waare nicht erlangen sollen, ja ursprünglich nicht erlangen wollen, und es war ein einseitiger willkührlicher Act, durch welchen er die bestehenden factischen Umstände dazu benutzte, seine Sicherheit in dem Werth der Waare zu suchen.

Gleichwohl macht der Beklagte den Versuch, dem Kläger gegenüber das Retentionsrecht aufrecht zu erhalten, doch sind die besonderen Gründe, auf welche er sich hiebei stützt, unzureichend. Daß

a) das Retentionsrecht des Spediteurs die Natur eines Pfandrechts habe, ist, wie keiner Ausführung bedarf, eine grundlose Behauptung des Beklagten. Käme es in der vorliegenden Sache, wie freilich nicht der Fall ist, auf die Bestimmungen des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuches an, so würde dem Beklagten allerdings nach Art. 382 Abs. 1 wegen der auf die zu spedirende Waare gemachten Aufwendungen und der etwanigen sonstigen connexen Forderungen ein Pfandrecht beizulegen sein. Nach gemeinem Recht besteht ein solches auch in Betreff derartiger Forderungen nicht. Uebrigens ist dem Beklagten die Vergütung der Spesen-Aufwendungen gleich anfangs vom Kläger angeboten worden und befindet sich somit dieser Punkt außer Streit; eine Connexität der hier eigentlich zur Retention benutzten Forderung wird aber vom Beklagten selbst nicht behauptet.

Der Beklagte beruft sich zum Zwecke der Begründung seines Retentionsrechtes dem Kläger gegenüber

b) auf das Attestat des Lübeckischen Senats vom 1. Juni 1798 und auf den Gemeinen Bescheid vom 9. Februar 1803.

Der letztere hat keine Beziehung auf das hier in Rede stehende Verhältniß. Er ordnet einen Punkt des Lübeckischen

Concursrechts: inwiefern Geschäfte, welche ein Lübeckischer Gemeinschuldner innerhalb der letzten 4 Wochen vor seinem Fallissement vollzogen hat, angefochten werden können. Ein Lübeckischer Concursfall liegt aber nicht vor; auch nicht etwa der Fall eines zu Lübeck eröffneten Special-Concurses über einen Theil der Alsthan'schen Activa, auf welchen übrigens der Gem. Bescheid, welcher einen Lübeckischen Gemeinschuldner und einen in Lübeck geführten Geschäftsbetrieb voraussetzt, keine Anwendung finden würde.

Nicht minder ist das Senats-Attest von 1798 hier unanwendbar. Dasselbe redet von der Retention des Commissionairs und Spediteurs der Concursmasse des Eigenthümers der Commissions- und resp. Speditions-Waaren gegenüber, und ist dazu bestimmt den einheimischen Gläubigern und Waaren-Inhabern Schutz gegen die Gefahr zu gewähren, bevor sie wegen ihrer Forderung völlig befriedigt worden, die Waare an die auswärtige Concursmasse verabfolgen lassen zu müssen. Die Umstände des vorliegenden Falles sind, wie von selbst einleuchtet, von denjenigen, welche bei dem Senats-Attestat vorausgesetzt werden, verschieden.

Mehr Anschein hat es zu Gunsten des Beklagten,

c) daß in der früheren Rechtssprechung des O.-A.-Gerichts, freilich nicht in Lübeckischen, aber doch in einigen aus Hamburg und Bremen stammenden Sachen, davon ausgegangen worden ist, der von dem Absender der Waare auf deren Auslieferung belangte Spediteur sei in dem Falle berechtigt, gegen Jenen wegen an den Destinatair ihm zuständiger Forderung Retention zu üben, wenn die Waare in das Eigenthum des Letzteren übergegangen sein sollte:

Sillem & Comp. c. Suse & Sibeth. Hamb. 1832. (Thöl, Entscheidungsgründe 2c. S. 252.)

Rievers c. Smith & Comp. Brem. 1834 (daselbst S. 245. 246.)

Schunck Souchay & Comp. c. Crusen & Flor. Hamb. 1834. (Hamb. Samml. I. S. 65.)

Allein eine nähere Erwägung des gegenwärtigen, mit jenen früheren Fällen keineswegs gleich liegenden Falles führte dahin, daß das fragliche Retentionsrecht gegenüber dem Ver-

folgungsrechte des Absenders, wie dieses oben Anerkennung gefunden hat, nicht Platz greife. Der Retention des Spediteurs steht unter den hier vorliegenden Umständen Das entgegen, daß sie jedenfalls einen vollendeten Erwerb der Speditionswaare seitens des Destinatairs voraussetzen würde, während doch ein vollendeter Erwerb dann nicht vorliegt, wenn die (noch unterwegs befindliche) Waare dem Verfolgungsrecht des Absenders unterliegt und dieser letztere von selbigem Gebrauch macht. Der Spediteur würde, wenn man das Retentionsrecht dem Absender gegenüber in Fällen, wie der vorliegende ist, zuließe, größere Rechte an der Waare ausüben, als dem Destinatair selbst zustanden, während er doch nur auf den Grund eines Rechtes sich stützen kann, welches für den letzteren vollgültig existent geworden ist.

Dies führte zu einer Bestätigung des Erkenntnisses der zweiten Instanz 2c.

Lübeck. 47.

G. C. Greslard in Paris, Kläger, wider Joachim Franck in Lübeck, Beklagten, Auslieferung von Waaren betreffend.

Dieser Fall, welcher rücksichtlich des Factischen wesentlich ebenso liegt wie der sub № 46, ist durch Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 29. Juni 1865 dahin entschieden worden, daß Beklagter die fragliche Waare gegen Erstattung der Fracht und sonstiger bis zum 28. Mai 1864 aufgelaufenen Unkosten dem Kläger auszuliefern, auch die erweislichen Schäden sowie die Kosten erster Instanz demselben zu erstatten habe, während die Kosten der zweiten und

dritten Instanz wegen des Wechsels der Entscheidungen compensirt wurden.

Aus den Entscheidungsgründen ist, indem im Uebrigen auf die Entscheidung des vorhergehenden Falles verwiesen werden kann, Folgendes mitzutheilen:

Es ist unter den Parteien unbestritten, daß der Kläger auf Grund einer von A. Alfthan in Wiborg bei ihm gemachten Bestellung die in den Acten näher bezeichneten 10 Ballen Lichterdochte, zum Facturabelaufe von fr. 8472. 60 cent. um die Mitte des Juni-Monates 1863 von Paris an die Adresse des Beklagten in Lübeck abgefertigt und diesen beauftragt hat, die Waare weiter an den so eben genannten Besteller nach Wiborg zu befördern („de vouloir faire parvenir les dix collis à Mr. A. Alfthan à Wiborg, en faisant suivre les frais."); ferner, daß der Beklagte diesen Auftrag nicht ausgeführt, vielmehr die Waare an sich gehalten hat, um sich mittelst derselben für einen Theil einer ihm an Alfthan, welcher in schlechte Umstände gerathen war und um die Mitte des Juli-Monats in formellen Concurs verfiel, zuständigen, zufolge seiner Behauptung den vorhin angegebenen Facturabelauf bedeutend übersteigenden Forderung zu decken. Der Kläger hat, nachdem er Kunde von der Nichtweiterbeförderung der Waare erhalten hatte, Rücklieferung derselben seitens des Beklagten verlangt und, als diese verweigert worden, jenes Verlangen unter dem Erbieten seinseitiger Erstattung der auf der Waare haftenden Spesen und Auslagen gerichtlich geltend gemacht.

Die Acten erster und zweiter Instanz geben keine Auskunft darüber, ob und eventuell in welcher Weise der Kläger sich dort darüber erklärt hat, wie er seinen Anspruch rechtlich begründen zu können glaube. Es hätte übrigens einer Angabe darüber nach der Einrichtung des durch die Prozeßordnung von 1862 für die erste und zweite Instanz eingeführten Lübeckischen Civilprozeß-Verfahrens nicht bedurft, wie es denn auch nach gemeinem Prozeßrecht darauf nicht angekommen sein würde. Nach beiden ist der Richter darauf an-

gewiesen, die Frage, ob eine rechtliche Vermittelung zwischen den vom Kläger vorgebrachten factischen Anführungen und dem gestellten Antrage bestehe, auch ohne eine darauf bezügliche Parteiangabe in Erwägung zu ziehen und sodann auf Grund des gewonnenen Ergebnisses das Streitverhältniß zu entscheiden. — In gegenwärtiger Instanz hat der Kläger vornehmlich auf das zwischen ihm und dem Beklagten bestehende Mandatsverhältniß, außerdem aber auf das von ihm in Anspruch genommene Recht der revendication sich bezogen, wie er denn schon in der Klage betont hatte, daß er die Waare als eine „unterwegs" befindliche reclamire. In Betreff dieses letzteren Punktes hat der Beklagte, obwohl er zugegeben hat, daß der Kläger die in Rede stehende Begründung schon vor dem Obergerichte geltend gemacht habe, die prozessualische Zulässigkeit des Zurückkommens des Klägers auf dieselbe in jetziger Instanz bestritten, und zwar deshalb, weil es sich dabei um die Anwendung einer Bestimmung des auswärtigen Rechts resp. einer auswärtigen Gewohnheit handle, welche nothwendiger Weise in erster Instanz speciell hätte in Bezug genommen werden müssen. Wären es nun wirklich fremde, und zwar nur fremde Rechtsnormen, auf welche der Kläger sich hier beriefe, so würde dem Beklagten beizupflichten sein. Denn alsdann würde man ohne Bedenken einen von den Fällen als vorliegend anzunehmen haben, in welchen eine besondere Angabe des Rechtsgrundes der Klage ausnahmsweise für erforderlich geachtet werden muß. (Civilproceß-Ordnung §. 5 № 2.) Allein der von dem Kläger unter dem Namen der revendication aufgeführte Klagegrund gehört keineswegs nur dem französischen Rechte an. Aus einem Bedürfniß des Handelsverkehrs hervorgegangen, ist er vielmehr durch einen allgemeinen Gebrauch in die Handelswelt eingeführt und findet sich — unter verschiedenen Namen: revendication, droit de suite, stoppage in transitu, Verfolgungsrecht des Absenders, Rückforderungsrecht — in den Rechten fast aller handelnden Nationen, und ist auch in dem lübeckischen Rechte anzuerkennen,

folglich von dem lübeckischen Richter selbst ohne ausdrückliche Berufung darauf seitens der betheiligten Partei dann zur Geltung zu fördern, wenn die factischen Voraussetzungen desselben vorliegen und der entsprechende Antrag gestellt worden ist.

Darüber, worin die Voraussetzungen des Verfolgungsrechtes bestehen, ist keine Ungewißheit vorhanden. Der Absender einer verkauften oder commissionsweise eingekauften, für Rechnung des Bestellers (Käufers oder Committenten) abgegefertigten Waare ist berechtigt, wenn der letztere in Insolvenz verfällt, dieselbe, gleichviel ob sie bereits in dessen Eigenthum übergegangen sein mag oder nicht, so lange anzuhalten und sich in den Besitz derselben zurückzuversetzen, als nicht der Transport, welcher die Vermittelung zwischen der Besitz-Entäußerung des Absenders und der Besitz-Ergreifung des Bestellers hatte bilden sollen, seine Endschaft erreicht hat; auch haben dritte Personen — und als eine solche ist auch der Spediteur im Verhältnisse zu den Hauptbetheiligten anzusehen, ohne Unterschied, ob er von dem Absender oder von dem Besteller mit der Spedition beauftragt worden sein mag — nur insoweit ein Recht, dem Absender hier entgegenzutreten, als sie durch bona fide geschehenen Erwerb der Connossemente oder etwaniger sonstiger auf die Waare ausgestellten Documente ein selbstständiges Recht auf dieselbe erworben haben. Liegt ein solcher Fall vor, so muß allerdings der Absender im Interesse der Sicherheit des Verkehrs außerordentlicher Weise dem gutgläubigen Erwerber des in Rede stehenden Documents weichen.

(Es wird die Uebereinstimmung der Rechte der vornehmsten Handelsstaaten über diesen Punkt, wie sub № 46, näher nachgewiesen.)

Daß die Umstände des vorliegenden Falles geeignet sind, die im Vorstehenden angegebenen Rechtssätze zur Anwendung zu bringen, unterliegt nach Demjenigen, was im Eingange über das Factische der Sache angeführt worden ist, keinem Zweifel, und nur darauf kann es noch ankommen, ob Mo-

mente sich darbieten, welchen die Wirkung beizulegen ist, dem klägerischen Verfolgungsrechte aus besonderen Gründen hier Effect zu versagen. Dies ist indeß zu verneinen.

a) Aus den Verhandlungen erster Instanz könnte möglicher Weise die Berufung des Beklagten auf den Alfthan'schen Brief vom 18. März 1863 zu Bedenken Veranlassung geben. — Alfthan hat in diesem Schreiben, welches freilich vom Kläger nicht anerkannt worden ist, dessen Echtheit jedoch im Falle der Relevanz seines Inhalts dem Beklagten zum Beweise zu verstellen sein würde, dem letzteren die Weisung ertheilt, falls demselben von dem Kläger Lichterdochtsendungen zugehen sollten, die erste derselben mit der ersten, eventuell der zweiten Reise des Dampfbootes Alexander nach Helsingfors an ein gewisses dortiges Haus (Blomberg & Straube), den Rest mit erster directer Schiffsgelegenheit nach Wiborg zu verladen. — Wenn die in gegenwärtiger Sache streitige Lichterdochtsendung die erste der in der betreffenden Zeit vom Kläger für Alfthan abgefertigte gewesen sein sollte, worüber freilich aus den Acten Nichts erhellt, und außerdem durch die vorgedachte Weisung Alfthan's eine Beendigung desjenigen Transports, für welchen der Kläger die fragliche Waare von Paris abfertigte, hätte herbeigeführt werden können, so würde das Verfolgungsrecht des Klägers in dem Zeitpunkte aufgehört haben, in welchem jene Weisung Wirksamkeit erlangte. Allein es sollte und konnte weder durch die eventuell hier nur vorliegende dem Beklagten als bloßem Spediteur aufgetragene Modification der Transportrichtung der Transport selbst, welcher nach wie vor über Lübeck hinausreichen, und zwar nach Finnland gerichtet bleiben sollte, schon in Lübeck beendigt werden, noch ist der Alfthan'schen Weisung Folge geleistet worden, indem der Beklagte vielmehr die Waare schon in Lübeck selbst angehalten hat. — Nicht minder würde es irrelevant sein, wenn, wie der Beklagte behauptet hat, die Alfthan'schen Administratoren die von ihm, dem Beklagten, aufgemachte Conto-Courant, in welcher er sich für den Belauf der Lichterdochte debitirt hat,

anerkannt haben sollten. Die Existenz und der Fortbestand resp. das Erlöschen des klägerischen Verfolgungsrechts waren von den Entschließungen der Vertreter der Alfthan'schen Masse unabhängig. Ueberdies steht es dahin, ob die letzteren, falls jene Anerkennung erfolgt sein sollte, beabsichtigt haben, dadurch irgend eine Erklärung in Betreff des hier streitigen Verhältnisses abzugeben.

(Es folgt nun sub b und c die schon aus dem Falle sub № 46 ersichtliche Darlegung, daß das Senatsattestat von 1798 so wenig als die frühere Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts dem Beklagten zur Seite stehe.)

Stand somit dem an sich für begründet zu achtenden Verfolgungsrechte des Klägers ein wirksames Exceptionalmoment auf Seiten des Beklagten nicht entgegen, so bedurfte es eines Eingehens auf die Frage nach dem Grunde oder Ungrunde der actio mandati nicht, und ebenso wenig kam es darauf an, ob der Eigenthumserwerb des Alfthan an der streitigen Waare schon nach Dem was vorliegt angenommen werden könne, oder ob die Annahme desselben noch einen weiteren beklagtischen Beweis voraussetzen würde.

Die Verurtheilung des Beklagten in die Auslieferung der streitigen Waare war so, wie im Erkenntnisse geschehen, unter Zugrundelegung des 28. Mai 1864 als desjenigen Tages auszusprechen, bis zu welchem einerseits der Kläger die vom Beklagten verlangten Unkosten demselben zu ersetzen und von welchem an andererseits der Beklagte das Interesse der Vorenthaltung der Waare dem Kläger zu vergüten haben wird. Es ergab sich nämlich aus den Acten nicht, daß der Beklagte an einem bestimmten früheren Tage, als demjenigen der Klagstellung, dem vorgedachten 24. Mai, vom Kläger in Verzug gesetzt worden ist.

Hamburg. 48.

Dr. **C. A. Stuhlmann** zu Hamburg m. n. des Advocaten **Taube** in Leipzig ꝛc., Kläger, wider Curatores bonorum der Lebens- und Renten-Versicherungs-Societät **Hammonia** in Hamburg, Beklagte, Forderung betreffend.

---

1) Die Appellation ist unzulässig, wenn das angefochtene Erkenntniß dem Appellanten günstiger ist als dasjenige, welches er an dessen Stelle gesetzt zu sehen verlangt.

2) Der Curator bonorum als gesetzlicher Vertreter der Fallitmasse kann nicht gleichzeitig die Vertretung einzelner Gläubiger übernehmen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 29. Mai 1865.

Daß zwar die Förmlichkeiten der gegen das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 13. Juli 1863 eingewandten Appellation für gewahrt zu achten, letztere jedoch, als nicht anher erwachsen, unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten dieser Instanz, zu verwerfen sei.

Entscheidungsgründe.

Nachdem die Lebens- und Renten-Versicherungs-Societät Hammonia am 6. November 1858 ihre Insolvenz erklärt, hat am 14. Februar und resp. 3. Juni 1859 der m. n. Profitent aus den auf Inhaber gestellten Policen № 2433 und 2435, wodurch am 6. October 1853 das Leben des immittelst (am 14. December 1858) verstorbenen W. A. Lugenstein (alias Lurgenstein) auf zusammen 2000 Thlr. Pr. Crt. versichert worden ist, Ansprüche angemeldet und (abgesehen von verschiedenen jetzt nicht mehr in Betracht kommenden Nebenanträgen) gebeten, daß die beklagtischen Cura-

toren verurtheilt werden, ihn bei der von ihnen vertretenen Fallitmasse aufzunehmen:

principaliter mit dem vollen Betrage der versicherten Summen — ein Antrag, der, durch conforme Entscheidungen verworfen, zur Zeit nicht mehr in Frage steht —;

eventualiter mit der Summe der vom 6. October 1853 bis zum $^{5}/_{6}$. October 1858 in vierteljährigen Raten gezahlten Prämien mit zusammen 592 Thlrn. Capital nebst Zinsen von Zahlungszeit jeder einzelnen Rate an gerechnet;

in pessimum eventum mit den von den eingezahlten Prämien der (dem Hammonia-Prämientarife zu Grunde liegenden) Mortalitätstabelle gemäß zu hinterlegen gewesenen Reservebeträgen.

Ueber diese Anträge ist nicht allein zwischen den Hauptparteien des gegenwärtigen Prozesses, sondern auch von und mit den Intervenienten: Dr. Kierulff m. n. Holder Egger zu Berlin und Ziekursch & Schröder zu Hamburg Namens einer größeren Anzahl von Gläubigern der falliten Hammonia verhandelt worden, und haben demnächst Niedergericht und Obergericht übereinstimmend erkannt, daß der m. n. Profitent nicht allein mit seinem principalen, sondern auch mit seinem ersten eventuellen Antrage abzuweisen sei; wogegen Beklagte in beiden Instanzen, nach Maßgabe oder doch in Berücksichtigung des zweiten Eventualantrags, verurtheilt worden sind — vom Niedergerichte:

den m. n. Profitenten mit dem vollen, dem Risiko entsprechenden Werthe, welchen die in Rede stehenden Policen bei Ablauf der vorletzt gezahlten Prämie, im Octbr. 1858, nach Maßgabe des Prämientarifs und der demselben zu Grunde liegenden Wahrscheinlichkeitsrechnung hatten, bei der Concursmasse der Hammonia als Gläubiger aufzunehmen —

vom Obergerichte aber:

den m. n. Profitenten mit demjenigen Capitalbetrage, welchen der Versicherte Lugenstein im October 1858 — unter der Voraussetzung, daß sein Gesundheitszustand da-

mals im Verhältniß zu seinem Alter nicht ungünstiger als am 6. October 1853 gewesen wäre — zur Beschaffung einer neuen Versicherung von 2000 Thlrn. bei einem nach dem Prämientarif der Hammonia arbeitenden Versicherer außer der bisherigen Prämie zu zahlen gehabt haben würde, bei der Concursmasse der Hammonia als Gläubiger aufzunehmen.

Gegen das vom Obergericht am 13. Juli 1863 erlassene Erkenntniß haben — während in voriger Instanz auch noch der m. n. Profitent Dr. Stuhlmann und der Intervenient Dr. Kierulff m. n. Holder Egger als Appellanten aufgetreten waren — nur die beklagtischen Curatoren anher appellirt und die Beschwerde aufgestellt:

daß sie nicht verpflichtet worden, den Profitenten mit der Summe der bis zur Insolvenzerklärung eingezahlten Prämien ohne allen Abzug, aber auch ohne Zinsen und Kosten aufzunehmen.

Das Obergericht hat dieser Appellation nur „unter Vorbehalt der Entscheidung über die Appellabilität des gedachten Erkenntnisses, so wie darüber: ob die Appellationssumme vorhanden, durch das Ober-Appell.-Gericht" deferirt; und es ist vor allen Dingen die formelle Zulässigkeit des anher verfolgten Rechtsmittels einer näheren Prüfung zu unterziehen.

I. Die beiden vorigen Erkenntnisse stimmen zwar darin überein, daß sie den ersten eventuellen Antrag des m. n. Profitenten, der die Aufnahme desselben mit der Summe der gezahlten Prämien nebst Zinsen bezweckte, und mit dem die von den beklagtischen Curatoren aufgestellte Beschwerde — abgesehen davon, daß sie auch die Forderungen der Intervenienten berührt, dagegen die Zinsen ausgeschlossen haben will — zusammenfällt, verworfen haben; sie differiren dagegen in ihrem condemnatorischen Theile, indem das Niedergerichts-Erkenntniß darüber, wie der „dem Risiko entsprechende Werth" der Policen zu ermitteln sei, sich im Decisum gar nicht und in den Entscheidungsgründen nicht mit solcher Bestimmtheit ausspricht, daß nicht noch für die Feststellung

jenes Werthes ein freier Spielraum bliebe, das Obergerichts-Erkenntniß dagegen dem m. n. Profitenten sofort ein bestimmtes (auf die von ihm vorgeschriebene Weise zu berechnendes) Capital zuspricht, beide Verurtheilungen also keineswegs ohne Weiteres und vollständig einander decken. Die Frage, ob, dieser Difformität in dem condemnatorischen Theile gegenüber, die Conformität in dem absolutorischen Theile der vorigen Erkenntnisse Rechtskraft zu erzeugen im Stande sei, ist eine zweifelhafte, deren Beantwortung durch ein näheres Eingehen auf den Zusammenhang bedingt sein würde, in welchem die beiden in der Profession gestellten Eventual-Anträge zu einander stehen. Es bedurfte eines solchen jedoch nicht, da — wie auch das Ergebniß einer in dieser Richtung anzustellenden Prüfung ausfallen möchte — die Appellation jedenfalls

II. deshalb als unzulässig sich darstellt, weil das obergerichtliche Erkenntniß für die beklagtischen Curatoren günstiger ist, als dasjenige, welches sie an dessen Stelle gesetzt zu sehen verlangen, es also nicht allein an der Appellationssumme, sondern überhaupt an einem rechtlich in Betracht kommenden Interesse fehlt, welches mit der anher gebrachten Beschwerde verfolgt wurde.

A. Sieht man lediglich auf das Verhältniß, in welchem die beiden Hauptparteien des gegenwärtigen Rechtsstreits: Dr. Stuhlmann als Vertreter eines einzelnen mit einer Forderung gegen die Fallitmasse der Hammonia auftretenden Gläubigers, und die beklagtischen Curatoren als Vertreter dieser Fallitmasse und folgeweise der Interessen sämmtlicher übrigen Gläubiger gegenüber jenem einzelnen Profitenten, zu einander stehen, so zeigt sich auf den ersten Blick und wird durch eine nähere Prüfung nur bestätigt, daß die gegenwärtige Appellation eine Abänderung des Obergerichts-Erkenntnisses zum Nachtheil der von den Appellanten vertretenen Fallitmasse bezweckt, indem bei einer Verurtheilung derselben nach Maßgabe ihrer Beschwerde der m. n. Profitent mit einer größeren als der vom Obergerichte ihm zuer-

kannten Summe zugelassen werden, also auch eine größere Dividende erhalten, und dadurch die den übrigen Gläubigern zukommende Dividende gemindert werden würde.

Das Capital, mit welchem das Obergericht, unter Zurückweisung weiter gehender Ansprüche, den m. n. Profitenten bei der Masse aufgenommen wissen will, läßt sich nach Maßgabe der im Decisum des angefochtenen Erkenntnisses gegebenen Anleitung genau berechnen. Wenn nämlich

1) hier die Voraussetzung ausgesprochen wird, „daß der Gesundheitszustand des Lugenstein im October 1858 im Verhältniß zu seinem Alter nicht ungünstiger als am 6. Octbr. 1853 gewesen wäre," so ist die Meinung nicht die von den Appellanten unterstellte, daß erst noch ermittelt werden sollte, wie der Gesundheitszustand des Lugenstein im October 1858 beschaffen gewesen sei. Das Obergericht geht vielmehr unverkennbar, in Uebereinstimmung mit dem Niedergerichte, davon aus, daß im vorliegenden Falle auf die etwa eingetretenen Veränderungen in dem Gesundheitszustande des Versicherten keine Rücksicht genommen werden könne, und will mit Aufstellung jener Voraussetzung nicht einen Vorbehalt machen, sondern eine der Grundlagen für die von ihm vorgeschriebene Berechnung fixiren.

2) Es muß ferner, trotz der in dieser Beziehung nicht vollkommen präcisen Fassung des Decisums, im Beihalte des letzten Entscheidungsgrundes angenommen werden, daß das Obergericht nicht darauf gesehen haben will, ob sich wirklich ein nach dem Prämientarife der Hammonia arbeitender Versicherer gefunden und welchen Capitalbetrag derselbe de facto sich würde haben zahlen lassen, um dem qu. Lugenstein eine neue Versicherung von 2000 ℳ unter den bei der Hammonia gehabten Bedingungen zu gewähren; daß vielmehr der Betrag des Interesses, welches der m. n. Profitent bei dem Fortbestande der Versicherung habe, auf ein Capital hat festgestellt werden sollen, welches, ganz unabhängig von jenen factischen Voraussetzungen, lediglich auf Grund der Prämientarife der Hammonia berechnet werden kann.

3) Bei der Berechnung dieses Capitals muß von den 4%, um welche die von Lugenstein in vierteljährigen Raten zu zahlende Prämie, nach Maßgabe des § 32 der Statuten, im Verhältniß zur Jahresprämie erhöhet worden ist, abgesehen werden, da für die tarifmäßige Berechnung lediglich die jährliche resp. die capitalisirte Prämie in Betracht kommt. — Der am 19. Juli 1796 geborne und am 6. October 1853, mithin als Achtundfünfzigjähriger (cf. § 7 der Statuten) ohne Anspruch auf Dividende versicherte Lugenstein hatte nach Tab. I. Col. 3 der Prämientarife der Hammonia für je 100 ₰ eine jährliche Prämie von 5 Thlr. 20 Sgr. 9 Pf. zu entrichten. Wollte derselbe im October 1858, als nunmehr Dreiundsechszigjähriger, eine neue Versicherung nehmen, so belief sich die jährliche Prämie für je 100 Thlr. auf 7 Thlr. 2 Sgr. 7 Pf. Er hatte also die bis dahin gezahlte Prämie um 1 Thlr. 11 Sgr. 7 Pf. zu erhöhen, konnte aber auch statt dessen eine Versicherung gegen die seitherige jährliche Prämie erhalten und die Differenz, im Beihalt von § 30 der Statuten vergl. mit der 2. Columne in Tab. I. der Prämientarife, durch „Zahlung in Einer Summe" ausgleichen. Der Jahresprämie eines Dreiundsechszigjährigen im Betrage von 7 Thlr. 2 Sgr. 7 Pf. entspricht eine capitalisirte Prämie von 69 Thlr. 8 Sgr. 2 Pf., dem jährlichen Zuschusse von 1 Thlr. 2 Sgr. 7 Pf. auf die alte Prämie also eine einmalige Zahlung von 13 Thlr. 18 Sgr. 11 Pf. für je 100 Thlr.; und dies ergiebt für die von Lugenstein versicherten 2000 Thlr. im Ganzen 272 Thlr. 18 Sgr. 4 Pf.

Ein Capital von 272 Thlr. 18 Sgr. 4 Pf. ist es also, mit welchem, nach dem Obergerichts-Erkenntnisse, der m. n. Profitent bei der Fallitmasse der Hammonia aufgenommen werden soll, während die Beschwerde der beklagtischen Curatoren die Aufnahme desselben mit der Summe der bis zur Insolvenzerklärung gezahlten Prämien im Gesammtbetrage von 592 Thlr. bezweckt.

Es handelt sich demnach allerdings um eine die Appel-

lationssumme übersteigende Differenz von 319 Thlr. 11 Sgr. 11 Pf. Allein diese Differenz ist, zu Gunsten der Fallitmasse, dem m. n. Profitenten abgesprochen worden, und eine Beschwerde hierüber kann nur diesem, der die Appellation zwar angezeigt, aber nicht weiter verfolgt hat, nicht aber seinem Gegner, den beklagtischen Curatoren, zustehen, welche durch die theilweise Zurückweisung eines gegen die von ihnen vertretene Masse gerichteten Anspruchs nicht verletzt, sondern vielmehr besser gestellt sind, als es jetzt von ihnen beansprucht wird.

B. Die Beklagten selbst haben denn auch bei dem Versuche, das Vorhandensein der Appellationssumme nachzuweisen, alles Gewicht darauf gelegt, daß es sich hier nicht allein um die Entscheidung des einzelnen in lite befindlichen Anspruchs des Profitenten, sondern zugleich um die Feststellung einer allgemeinen Regel für sämmtliche oder doch wenigstens für die von den Intervenienten im gegenwärtigen Prozesse vertretenen Ansprüche aus annoch laufenden Policen gegen die Hammonia-Fallitmasse handele, wie denn auch die von ihnen aufgestellte Beschwerde ausdrücklich auf die Forderungen der Intervenienten sich mit erstreckt.

Es muß indeß

1) das Interesse, welches die Appellanten dabei haben mögen, die Ansicht der höchsten Instanz über die vorliegend in Betracht kommenden Rechtsfragen kennen zu lernen, um dieselbe bei Regulirung der Fallitmasse zur Richtschnur nehmen resp. als Autorität geltend machen zu können, außer allem Betracht bleiben, da es sich dabei nicht um die juristischen Wirkungen eines rechtskräftigen Erkenntnisses, sondern um Maßnahmen handelt, die von dem freien Willen und Entschlusse der beklagtischen Curatoren resp. der sonstigen Betheiligten abhängen. Es kann vielmehr

2) nur darauf ankommen, wie weit die bindende Kraft der im gegenwärtigen Prozesse ergehenden Entscheidungen reicht, wobei denn allerdings auch dasjenige Interesse in Erwägung zu ziehen ist, welches die Appellanten den im Prozesse auf-

getretenen Intervenienten gegenüber bei Ersetzung der obergerichtlichen durch eine ihrer Beschwerde entsprechende Entscheidung etwa haben könnten. Was hier nun

a) die Intervention des Dr. Kierulff m. n. Holder Egger in Berlin betrifft, so hat derselbe zwar vor dem Niedergerichte nicht allein die Vertretung des ersten eventuellen Antrags des m. n. Profitenten Dr. Stuhlmann sich zur Aufgabe gemacht, sondern zugleich die Ansprüche seines Mandanten als Inhabers dreier Lebensversicherungs-Policen im Gesammtbelaufe von Bco. ℔. 6000 oder ℱ 3000 angemeldet, und beantragt, auch ihn mit der vollen Summe der auf die Policen gezahlten Prämien u. w. d. a., eventuell mit einem in anderer Weise zu bestimmenden Betrage bei der Masse aufzunehmen. Auch sind von ihm noch in voriger Instanz die beim Niedergerichte gestellten Anträge wiederholt worden.

Das Obergericht hat indessen so wenig wie das Niedergericht die Profession der Intervenienten zum Gegenstande seiner Dijudicatur gemacht, sondern lediglich über die von Dr. Stuhlmann m. n. profitirten Ansprüche aus den Lugensteinschen Policen erkannt, und dabei hat sich der Intervenient dermalen beruhigt. Es bilden also die von ihm in erster Instanz profitirten Ansprüche so wenig einen Gegenstand des angefochtenen Erkenntnisses, als das O.-A.-Gericht, in Ermangelung einer Beschwerde des Intervenienten, in der Lage ist, dieselben zum Gegenstande seiner Beurtheilung zu machen, und bleiben folgeweise diese Ansprüche auch bei der Frage, ob die Sache zur Appellation der beklagten Curatoren an die dritte Instanz erwachsen ist, außer Betracht. Wollte man indeß auch diesen Punkt anders ansehen und davon ausgehen, daß durch die unter specieller Berücksichtigung der Rechtsausführungen des m. n. Intervenienten zwischen den Hauptstreittheilen des gegenwärtigen Prozesses getroffene Entscheidung mittelbar zugleich über die in der Intervention profitirten Ansprüche erkannt sei, so würde hierdurch doch daran Nichts geändert werden, daß die beklagtischen Cura-

toren durch die obergerichtliche Entscheidung nicht verletzt sind und mittelst ihrer gegenwärtigen Beschwerde eine Abänderung derselben zum Nachtheile der von ihnen vertretenen Fallitmasse begehren. Denn die Gesammtsumme der auf die im Besitze von Holder Egger befindlichen Policen gezahlten Prämien, mit welcher m. n. Intervenient in Gemäßheit der gedachten Beschwerde zuzulassen sein würde, beträgt 1378 Thlr. 6 Sgr. (nach der Berechnung des Intervenienten Bco. ℔ 2756. 4 ß), während m. n. Intervenient, nach Maßgabe der vom Obergerichte angenommenen Grundsätze, nur mit dem Betrage von Thlr. 497. 15 Sgr. bei der Masse aufzunehmen sein würde.

b) Zweifelhafter ist die Sache in Beziehung auf die Intervention von Ziekursch & Schröder.

In einem Circulare vom 15. Februar 1861 haben die beklagtischen Curatoren die Grundsätze auseinandergesetzt, welche sie in Beziehung auf die von ihnen in sechs Hauptkategorieen gebrachten Ansprüche gegen die Fallitmasse der Hammonia in Anwendung zu bringen beabsichtigten. Unter diesen Kategorieen fanden sich

sub III. Forderungen aus Policen, die nach der Insolvenzerklärung als durch den Tod der Versicherten fällig angemeldet werden, und

sub VI. Forderungen aus zur Zeit der Insolvenzerklärung annoch laufenden Policen; und erklärten die Curatoren:

ad III.: Policen der gedachten Art sollten in Gemäßheit der künftigen rechtskräftigen Entscheidung in Sachen ꝛc. Taube c. die Curatores der Hammonia locirt werden;

ad VI.: „da die Feststellung dieser Ansprüche, wenigstens eventuell, Gegenstand des bereits oben erwähnten Prozesses ꝛc. Taube c. die Hammonia ist, so soll die rechtskräftige Entscheidung, sofern sie diese Ansprüche betrifft, dafür maßgebend sein."

Nun haben am 18. September 1861 Ziekursch & Schröder, die als Vertreter der in einem besonderen, den gegenwärtigen Acten nicht beiliegenden, Verzeichnisse aufgeführ-

ten Interessenten der Hammonia anerkannt wurden, und die Curatoren der Fallitmasse vor einer Commission des Niedergerichts unter Zustimmung sowohl des m. n. Profitenten Dr. Stuhlmann als des m. n. Intervenienten Dr. Kierulff, einen Vergleich abgeschlossen, worin die ersteren zwar im Allgemeinen den im gedachten Circular gemachten Vorschlägen beitraten, sich jedoch vorbehielten, in der mehrgedachten jetzt zur Hauptentscheidung stehenden Sache zu interveniren und die Unterwerfung ihrer Mandanten in Betreff der sub III. 2 und sub VI. aufgestellten Fragen unter die in jener Sache abzugebenden gerichtlichen Entscheidungen an die ausdrückliche Voraussetzung knüpften, daß sie vor der in erster Instanz abzugebenden Entscheidung gehört sein würden.

Es ist nach diesem Uebereinkommen klar, wird auch durch die Haltung der Intervention, welche Ziekursch & Schröder in Gemäßheit des zuletzt gedachten Vorbehalts beim Niedergerichte angebracht haben, bestätigt, daß nicht beabsichtigt worden ist, eine Entscheidung über die speciellen Ansprüche der durch das gedachte Hamburger Haus vertretenen Interessenten im gegenwärtigen Prozesse herbeizuführen. Die Meinung war vielmehr nur, daß die nach rechtskräftiger Entscheidung dieses Prozesses auf die vom m. n. Profitenten angemeldeten Ansprüche in Anwendung kommenden Rechtsgrundsätze in gleicher Weise auch auf die derselben Kategorie angehörigen Ansprüche der von Ziekursch & Schröder vertretenen Interessenten Anwendung erleiden sollten.

Die Rechtsgültigkeit eines derartigen Uebereinkommens ist nicht zu bezweifeln; auch ist die Bedingung, von welcher Ziekursch & Schröder ihre Unterwerfung unter die im gegenwärtigen Prozesse abzugebende Entscheidung abhängig gemacht haben, eingetreten, indem die von ihnen beim Niedergerichte angebrachte, nur aus Rechtsausführungen bestehende Intervention zugelassen und deren Inhalt berücksichtigt worden ist. Es sind also, wenn das in gegenwärtiger Sache ergangene Obergerichts-Erkenntniß rechtskräftig wird, sowohl die von Ziekursch & Schröder vertretenen Gläubiger als auch die be-

klagtischen Curatoren an die in diesem Erkenntnisse für Berechnung des Werths der Ansprüche aus laufenden Policen adoptirten Grundsätze (unbeschadet allerdings der Möglichkeit, durch beiderseitigen Consens den Vergleich wieder außer Kraft zu setzen) gebunden.

Bei dieser Sachlage haben die Intervenienten Ziekursch & Schröder ein unverkennbares Interesse dabei, daß es bei dem Obergerichts-Erkenntnisse nicht verbleibe, vielmehr ein Anspruch des m. n. Profitenten und damit, in Kraft des obigen Vergleichs, zugleich mittelbar ein Anspruch derjenigen ihrer Mandanten, welche Forderungen aus laufenden Policen gegen die Fallitmasse der Hammonia verfolgen, auf die Gesammtsumme der eingezahlten Prämien rechtskräftig anerkannt werde; und wenn sich auch die Größe dieses Interesses, da der Umfang der von den Intervenienten vertretenen Ansprüche unbekannt ist, nicht übersehen läßt, so ist doch kaum zu bezweifeln, daß dasselbe ein die Apellationssumme bei Weitem übersteigendes sein wird.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Intervenienten, um eines derartigen, nur vertragsmäßig an die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites geknüpften Interesses willen, zu einer Appellation in diesem berechtigt gewesen sein würden, da der Fall eines von ihnen eingewandten Rechtsmittels nicht vorliegt. Die appellantischen Curatoren aber können zur Vertretung des Interesses der Intervenienten so wenig für legitimirt als auch nur für befähigt erachtet werden. Sie sind die gesetzlichen Vertreter der Fallitmasse und können daher nicht gleichzeitig die Vertretung einzelner Gläubiger übernehmen, welche insoweit ihre Ansprüche nicht freiwillig anerkannt, sondern in größerem oder geringerem Umfange einer richterlichen Entscheidung unterbreitet werden sollen, gerade als die Gegner erscheinen, gegen welche die Interessen der Masse, resp. der übrigen Gläubiger zu vertreten sind. Der Commissionsvergleich vom 18. November 1861 enthält denn auch weder eine ausdrückliche Ermächtigung der beklagtischen Curatoren zur Vertretung der Intervenienten

in den höheren Instanzen (für die erste Instanz hatten sich dieselben, wie bereits bemerkt, ein unmittelbares Gehör vorbehalten, was ihnen auch gewährt worden ist), noch kann eine solche Ermächtigung als in der Absicht der Paciscenten liegend angesehen werden. Natürlicherweise wäre viel eher zu erwarten gewesen, daß der m. n. Profitent Dr. Stuhlmann sich berufen gefühlt hätte, im identischen Interesse seines Mandanten und der Intervenienten die in voriger Instanz von ihm aufgestellte dritte Beschwerde, die Verwerfung des ersten Eventualantrags seiner Profession betreffend, anher zu verfolgen. Dies ist aber so wenig geschehen, daß derselbe vielmehr der mit dieser seiner früheren Beschwerde in der Hauptsache zusammenfallenden gegenwärtigen Beschwerde der Beklagten nicht allein als formell unstatthaft, sondern auch als materiell unbegründet widersprochen hat.

Den beklagtischen Curatoren würde das angefochtene Erkenntniß, mit Rücksicht auf den Einfluß, den dasselbe auf das Rechtsverhältniß der von den Intervenienten Ziekursch & Schröder vertretenen Gläubiger zur Fallitmasse der Hammonia zu üben geeignet ist, nur dann zur Beschwerde gereichen, wenn, bei Aufnahme der Ansprüche dieser Gläubiger nach Maßgabe der vom Obergerichte adoptirten Grundsätze, die Masse mit einer größeren Schuld belastet würde, als bei Aufnahme derselben nach Maßgabe der gegenwärtigen Beschwerde. Dies ist aber nicht behauptet und konnte nicht behauptet werden. Vielmehr ist es klar, auch von den Curatoren selbst in erster Instanz anerkannt, daß die Gesammtsumme der auf eine Police gezahlten Prämien immer mehr betragen wird, als der unter Zugrundelegung der Prämientarife zu ermittelnde zeitige Werth der Police, auf welche der verschiedenen in den Acten zur Sprache gebrachten Arten derselbe auch berechnet werden möge.

Konnte hiernach nicht angenommen werden, daß den Beklagten durch das Obergerichts-Erkenntniß, soweit dasselbe von ihnen angefochten worden, eine Verletzung zugefügt sei, so mußte deren Appellation, ohne daß in die Sache selbst

eingegangen werden durfte, als anher nicht erwachsen, unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten dieser Instanz, zurückgewiesen werden.

Hamburg. 49.

Ziekursch & Schröder in Hamburg, Kläger, wider die curatores bonorum der Lebens- und Renten-Versicherungs-Societät **Hammonia** daselbst, Beklagte, Forderung betreffend.

---

1) Die Entscheidung der früheren Richter über das Vorhandensein der Appellationssumme bindet die höhere Instanz nicht.

2) Bei Ermittelung des Werthes der Appellationsbeschwerden ist lediglich auf den Zeitpunkt, wo dieselben aufgestellt werden, zu sehen und eine spätere Veränderung dieses Werthes ohne Einfluß.

3) Statthaftigkeit der Beschränkung des Gegenstandes der richterlichen Cognition durch eine unter den Betheiligten vor dem Processe abgeschlossene Vereinbarung.

4) Wie lange ist den Versicherten gegenüber die Solvenz einer Lebensversicherungsgesellschaft als vorhanden anzunehmen?

5) Bedeutung der in den Statuten der Lebensversicherungsgesellschaften den Versicherten für die Prämienzahlung über den Fälligkeitstermin hinaus gewährten Zahlungsfrist.

Rechtsfall. Die 1846 auf Gegenseitigkeit gegründete Hammonia wurde im Jahre 1851 in eine Actiengesellschaft mit einem nominellen Garantiecapital von 1 Million Mark Banco umgewandelt. An Actien sind jedoch im Ganzen nur Bco.$\mathcal{M}$ 257,900 gezeichnet. Die Verhältnisse der Gesellschaft, deren Bilancen von 1851 und 1852 noch einen kleinen

Gewinn aufführen, hatten sich allmählich so verschlechtert, daß am 29. Decbr. 1857 gemäß dem § 58 a. des Statuts („die Gesellschaft löſ't sich auf, falls Verlüste eintreten sollten, die den dritten Theil des Grundcapitals erschöpft haben") die Generalversammlung auf Vortrag der Direction beschloß, mit dem 1. Januar 1858 in Liquidation zu treten. Am 5. Februar 1858 wurden weitere Bestimmungen zur Ausführung dieser Maßregel getroffen, namentlich festgesetzt, daß die laufenden Geschäfte des Instituts unter völliger Aufrechterhaltung der abgeschlossenen Versicherungscontracte und unter unveränderter Garantie der Actionäre abzuwickeln seien; der auf ungefähr 50 % des gezeichneten Actiencapitals berechnete Verlust sei durch einen Nachschuß von 40 % seitens der Inhaber solcher Actien, auf die erst 10 % eingezahlt worden, zu decken. (Dies letztere Actiencapital beträgt 237,000 ℔ Bco., der von dem Bevollmächtigten Ohl für ult. Decbr. 1857 berechnete Verlust rund 104,000 ℔ Bco.) Der genannte Bevollmächtigte legte am 6. August 1858 ein eigenes Conto für die seitdem eingezahlten Prämien an, da er deren Annahme zu einer Zeit, wo der Fortbestand der Gesellschaft unmöglich erscheine, nicht mehr verantworten zu können glaubte. Am 15. September 1858 erließ die Direction eine Aufforderung an die Betheiligten, worin es heißt: „Der Beschluß vom 5. Februar habe nicht ausgeführt werden können, weil die meisten Actionäre den Nachschuß verweigert und, dadurch mißtrauisch geworden, viele Versicherte ihre Prämien zurückgehalten hätten. Eine englische Compagnie verlange für Uebernahme der Versicherungen eine Reservesumme von 5500 £. Es sei im Interesse der Actionäre, diese Uebernahme möglich zu machen (was durch einen Nachschuß von 50 % sich realisiren lasse) und dadurch größere Verluste und ein gerichtliches Einschreiten abzuwenden. Das gleiche Interesse hätten die Versicherten, die zur Herbeiführung des Anschlusses eine Extra-Jahresprämie zu zahlen haben würden." Der Anschluß an eine andere Gesellschaft kam indessen nicht zu Stande und erklärte die Hammonia am 6. November 1858 ihre Insolvenz.

Die weiteren Vorgänge, welche den gegenwärtigen Proceß herbeiführten, sind aus den Entscheidungsgründen des Urtheils des O.-A.-Gerichts ersichtlich. Die besonders in Betracht kommenden Bestimmungen in § 35 und § 46 der Statuten der Hammonia lauten:

„§ 35. Die Beiträge (der Versicherten) müssen bei jährlichen und halbjährlichen Zahlungen innerhalb 30 Tagen, bei vierteljährlichen Zahlungen innerhalb 15 Tagen und bei monatlichen Zahlungen innerhalb 5 Tagen nach dem Fälligkeitstermine an die Gesellschaft — — — durch Baarzahlung entrichtet werden. — Nach Ablauf dieser Fristen werden verfallene Zahlungen nicht mehr angenommen und es treten die § 46 angedroheten Nachtheile für den Versicherten ein. — — — — § 46. Die Versicherung kann von dem Inhaber der Police nnter Verzicht auf Vergütung jederzeit freiwillig aufgehoben werden. Sie erlischt dagegen ohne Weiteres in folgenden Fällen: a) wenn die Prämien nicht pünktlich und unter Innehaltung der in § 35 vorgeschriebenen Fristen gezahlt werden; b) — — c) — — d) — —. In diesen Fällen ist die Versicherung null und nichtig und als nicht geschlossen zu betrachten und alle an die Gesellschaft gezahlten Prämien sind — — verfallen.“

---

1) Erkenntniß des Niedergerichts vom 4. Juli 1862.

Da zwar jeder Anspruch aus einer Lebens-Versicherungs-Police der Hammonia nach den Versicherungs-Bedingungen laut § 46 der Statuten erlöschen soll, wenn die Prämie nicht rechtzeitig bezahlt wird, diese Strafbestimmung indeß von dem Zeitpunkte an nicht mehr gegen die Versicherten in Anwendung gebracht werden kann, in welchem die Gesellschaft durch ein ihre Liquidation ankündendes Circulair Besorgnisse über ihre Zahlungsfähigkeit hervorrief, welche ihr später erfolgter Concurs als begründet erwiesen hat; da jedoch diejenigen Policen-Inhaber, welche nach eingestellter Prämienzahlung bei der beklagtischen Masse keine Ansprüche angemeldet haben,

als solche zu betrachten sind, die ihre Versicherung aufgegeben haben, und mithin nach rechtskräftiger Präclusiv-Sentenz bei der Masse nicht mehr zugelassen werden können;

da auch die Gleichstellung aller Versicherten erfordert, daß diejenigen Versicherten, welche seit dem 5. Februar 1858 bis zu dem Zeitpunkte, von welchem an die Verwaltung der Hammonia wegen drohender Insolvenz die eingehenden Prämienzahlungen ad depositum genommen und später zurückgegeben hat, fällige Prämien einbehalten haben und nichtsdestoweniger an der Masse participiren wollen, diese Prämien nachzahlen müssen:

daß die Beklagten zu verpflichten, die Ansprüche aus Policen derjenigen klägerischen Mandanten, welche nicht etwa schon am 5. Febr. 1858 durch unterbliebene Prämienzahlung erloschen waren, und welche bei der Masse rechtzeitig angemeldet worden, ungeachtet später unterlassener Prämienzahlung gegen Nachzahlung der respectiven Prämien, welche bis zu dem Zeitpunkte fällig geworden sind, von wo an die der Hammonia eingehenden Prämienzahlungen ad depositum genommen wurden, bei der von ihnen vertretenen Fallitmasse aufzunehmen.

Die Proceßkosten werden compensirt.

---

2) Erkenntniß des Obergerichts vom 13. Juli 1863.

(Auf Appellation der Beklagten.)

Da aus dem Beschluß der Hammonia, ihr Geschäft zu liquidiren, und aus den in der Generalversammlung vom 5. Febr. 1858 genehmigten Bestimmungen für die Liquidation, wie sie durch ein Circulair veröffentlicht wurden, durchaus nicht gefolgert werden konnte, daß die Gesellschaft schon zu jener Zeit nicht mehr im Stande war, ihre Verbindlichkeiten vollständig zu erfüllen;

da, wenn auch manche Versicherte bereits damals Besorgnisse betreffs der Zahlungsfähigkeit der Hammonia hegen mochten, ein solcher Zweifel die Policeninhaber doch, so lange

sie ihren Anspruch an die Gesellschaft aufrecht zu erhalten beabsichtigten, von ihrer Verpflichtung zur rechtzeitigem Zahlung der Prämien nicht entbinden konnte;

da vielmehr den Appellanten darin beizustimmen, daß jene Verbindlichkeit zur Berechtigung der Prämien für die Versicherten fortbestand bis zum 15. September 1858, indem erst an diesem Tage von der Direction der Hammonia durch die Erklärung, daß sie die Liquidation nur durch Anschluß an eine fremde Gesellschaft und gegen eine von den Versicherten zu zahlende Extra-Jahresprämie zu bewerkstelligen vermöge, die Unfähigkeit der Gesellschaft ihren Gläubigern gerecht zu werden, bestimmt ausgesprochen wurde, während in der von dem Bevollmächtigten Ohl schon früher begonnenen Annahme von Prämieneinzahlungen ad depositum sich zwar bereits die Besorgniß vor einer möglichen Insolvenz kundgab, indeß doch noch keine Gewißheit darüber zu finden war;

da deshalb die erste Beschwerde der Appellanten so weit begründet erscheint, daß die Inhaber aller solcher Policen, welche schon vor dem 15. Septbr. 1858 wegen nicht rechtzeitig — innerhalb der im § 35 der Statuten vorgeschriebenen Fristen — erfolgter Zahlung der dafür schuldigen Prämien nach § 46 sub a der Statuten erloschen waren, mit ihrem Anspruche an die Masse gänzlich abzuweisen sind;

da hingegen diejenigen Policen, für welche die Beiträge nach dem Datum der Police zwar vor dem 15. Septbr. 1858 fällig, die im § 35 der Statuten bewilligten respectiven Zahlungsfristen indessen vor jenem Tage noch nicht abgelaufen waren, durch die Nichtzahlung der letzten Prämien nicht mehr für präjudicirt erachtet werden können;

da die dritte Beschwerde der Appellanten sich nach der vorstehenden Auffassung von selbst erledigt;

da, was die zweite, 4te und 5te Beschwerde anbetrifft, es überall nicht statthaft erscheint, die in denselben berührten Punkte, über welche in der ersten Instanz zwischen den Parteien gar nicht verhandelt worden ist, in dem gegenwärtigen Processe zu entscheiden, wogegen es beiden Theilen selbst-

verständlich unbenommen bleibt, falls sie sich über diese Fragen nicht gütlich verständigen können, wegen derselben vor dem Niedergerichte eine neue Klage zu erheben:

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 4. Juli 1862 dahin abzuändern:

daß die Beklagten nur zu verpflichten, diejenigen klägerischen Mandanten, deren Policen nicht etwa schon vor dem 15. Septbr. 1858 wegen nicht rechtzeitig innerhalb der im § 35 der Statuten vorgeschriebenen Fristen erfolgter Zahlung der dafür schuldigen Prämien erloschen waren, mit den ihnen zukommenden Ansprüchen bei der von den Appellanten vertretenen Fallitmasse aufzunehmen; — daß dagegen alle übrigen bei diesem Processe betheiligten klägerischen Mandanten mit ihren Ansprüchen an die Masse der Hammonia abzuweisen.

Sämmtliche Proceßkosten werden compensirt.

---

3) Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 30. Juni 1865.

(Auf Appellation der Kläger und Adhäsion der Beklagten.)

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 13. Juli 1863, wie hiemit geschieht, zwar insoweit dadurch die Beklagten verpflichtet werden, diejenigen klägerischen Mandanten, deren Policen nicht etwa schon vor dem 15. September 1858 wegen nicht rechtzeitig innerhalb der in § 35 der Statuten vorgeschriebenen Fristen erfolgter Zahlung der dafür schuldigen Prämien erloschen waren, mit den ihnen zukommenden Ansprüchen bei der von den Beklagten vertretenen Fallitmasse aufzunehmen, zu bestätigen; im Uebrigen aber dasselbe aufzuheben und Kläger schuldig seien, innerhalb einer vom Niedergericht unter dem Rechtsnachtheile des Ausschlusses vorzuberaumenden Frist, Gegenbeweis vorbehältlich, den Beweis anzutreten:

daß am 5. Februar oder einem, und welchem, späteren Tage vor dem 15. September 1858 die Vermögenslage

der Hammonia der Art gewesen, daß sie bereits damals für unfähig erachtet werden mußte, auch bei Zuhülfenahme des Actiengarantiecapitals, die bei ihr versicherten Summen, je nach Eintritt der Fälligkeitstermine derselben, zu bezahlen, worauf in der Sache selbst sowie der Kosten halber weiter zu erkennen sein wird w. R.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz werden verglichen und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Niedergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die Appellation der Kläger ist

A. zwar noch nicht ohne Weiteres deshalb als anher erwachsen zu behandeln, weil das Obergericht, ohne sich über diesen Punkt in seinem Erkenntnisse auszusprechen, die bei ihm eingeführte Appellation der Beklagten angenommen und darauf ein in die Sache eingehendes Erkenntniß erlassen hat. Denn wiewohl die Appellationssumme für das Obergericht und das Ober-Appellationsgericht die gleiche, auch der Streitgegenstand in voriger und gegenwärtiger Instanz derselbe ist, so kann doch das Verfahren der unteren Instanz dem Urtheile der oberen nicht ohne Weiteres präjudiciren. Dagegen muß auf Grund des von den Klägern beigebrachten und beklagtischerseits in der Hauptsache nicht bestrittenen Verzeichnisses derjenigen Interessenten, deren Zulassung mit Ansprüchen gegen die beklagtische Fallitmasse von Entscheidung der im gegenwärtigen Processe verhandelten Streitfrage abhängt, die Appellationssumme als vorhanden angenommen werden. Die Kläger sind nicht allein in den Verhandlungen erster Instanz, sondern auch noch bei Einführung des gegenwärtigen Rechtsmittels davon ausgegangen, daß die von ihnen vertretenen Interessenten — Forderungsberechtigte aus laufenden Policen der Hammonia — insofern ihnen nicht das Präjudiz aus § 46 sub a der Statuten entgegenstehe, die Gesammtsumme der auf die betreffenden Policen gezahl-

ten Prämien zu liquidiren berechtigt seien. Diese Summen betragen für die in [5] aufgeführten 19 Gläubiger im Ganzen Bco.₰ 7,925. 9 ß. In solchem Belaufe sind also, nach der Rechtsauffassung der Kläger, durch das angefochtene Erkenntniß Forderungen von der Masse ausgeschlossen worden, deren Zulassung sie mit ihrer anher gebrachten Appellation bezwecken, und so hoch stellt sich folgeweise der Nennwerth der Beschwerde, auf den es nach § 36 der Gerichtsordnung für das Ober-Appellationsgericht bei Beurtheilung der Appellationssumme allein ankommt.

Ohne Einfluß auf diese Beurtheilung bleibt es, daß die Parteien des gegenwärtigen Rechtsstreits die Frage, ob die Forderungsberechtigten aus laufenden Policen die Gesammtsumme der gezahlten Prämien zu reclamiren, oder nur ein anderweites und welches Interesse gegen die Fallitmasse der Hammonia zu verfolgen berechtigt seien, vergleichsweise von dem Ausgange des von Dr. Stuhlmann m. n. Taube gegen die beklagtischen Curatoren geführten Processes abhängig gemacht haben, und daß dieser Proceß nunmehr durch Urtheil des O.-A.-Gerichts vom 29. Juni 1865, worin die gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 17. Juli 1863 eingewendete Appellation als nicht anher erwachsen zurückgewiesen worden ist, seine definitive Erledigung dahin gefunden hat, daß der m. n. Profitent nicht mit der Gesammtsumme der auf die Police gezahlten Prämien, sondern nur mit demjenigen Capitale bei der Masse aufgenommen worden ist, welches nach den Prämientarifen der Hammonia aufzuwenden gewesen sein würde, um dem Versicherten eine neue Versicherung unter Beibehaltung der bisher gezahlten jährlichen Prämie zu erwerben. Denn bei Ermittelung des Nennwerthes der Beschwerde kann nur auf den Zeitpunkt, wo dieselbe aufgestellt worden, und nicht auf spätere Ereignisse, wodurch der Umfang des Streitobjects beschränkt oder erweitert wird, gesehen werden. Uebrigens läßt sich nicht bezweifeln, daß das Interesse, welches die bei Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites betheiligten 19 Versicherten mit einer Versiche-

rungssumme von Bco. ℔ 42,100, bei der Frage haben, ob sie mit jeder Forderung gegen die Masse für ausgeschlossen zu erachten seien oder nicht, auch dann, wenn ihre Forderungen auf das in jener präjudiciellen Sache nunmehr rechtskräftig festgestellte Maß reducirt werden, ein die Appellationssumme bei Weitem übersteigendes bleibt.

B. Anlangend die Sache selbst, so handelt es sich im gegenwärtigen Processe lediglich um Entscheidung einer Präjudicialfrage, welche die Parteien auf Grund eines zwischen ihnen geschlossenen Vergleichs zur richterlichen Cognition verstellt haben.

In einem Circulare vom 15. Febr. 1861 haben die Curatores bonorum der Lebens- und Renten-Versicherungs-Societät Hammonia den Versicherten diejenigen allgemeinen Grundsätze mitgetheilt, welche sie, nach Prüfung der Verhältnisse, als maßgebend für die Beurtheilung und Classificirung der Ansprüche der Betheiligten aufstellen und festhalten zu müssen glaubten. Darin sind dieselben unter andern auch auf die Frage eingegangen:

> Ob und inwieweit das, in den §§ 35 und 46 der Statuten denjenigen Versicherten, welche ihre Prämien innerhalb den vorgeschriebenen Zahlungsfristen nicht zahlen, angedrohte Präjudiz der Annullirung der Versicherung auf die seit Publicirung des Liquidationsplanes der derzeitigen Direction, also seit dem 5. Februar 1858, bis zum Tage der Insolvenzerklärung, dem 6. Novbr. 1858, nicht gezahlten Prämien Anwendung finde?

und haben folgendes Resultat ihrer Erwägungen kund gegeben:

> Beschlossen: Da die Weigerung der Einzahlung der Prämie auf Seiten des Versicherten nur dann als eine rechtlich begründete erscheinen kann, wenn die Verhältnisse des Versicherers sich derart gestaltet haben, daß sie eine genügende Sicherheit für die künftige Zahlung der Versicherungssumme nicht mehr darbieten, eine solche Unsicherheit aber in der fraglichen Erklärung der Direction, liquidiren, d. h. sämmtliche Obligos erfüllen zu wollen, um so we-

niger gefunden werden kann, als das derzeit allerdings vorhanden gewesene Deficit durch das Actiengarantiecapital zu voll gedeckt erscheinen mußte, eine, gegründete Besorgniß erregende und somit zur Zurückhaltung der ferneren Prämie ermächtigende, Lage der Hammonia vielmehr erst dadurch herbeigeführt wurde, daß, nachdem Actionäre und Versicherte den auf Erfüllung ihrer resp. Verpflichtungen basirten Liquidationsplan durch ihre, nicht etwa nur vereinzelt auftretende, Renitenz unmöglich gemacht hatten, die derzeitige Direction mittelst, vom 15. September 1858 datirten, Circulars erklärte, die Liquidation nur durch Anschluß an eine fremde Gesellschaft, und zwar unter Beihülfe einer von den Versicherten zu zahlenden Extra-Jahresprämie, beschaffen zu können:

> daß das Präjudiz der §§ 35 und 46 der Statuten auf alle diejenigen Interessenten anzuwenden, welche die Einzahlung ihrer Prämienbeträge vor und bis zu dem 15. September 1858, dieser Tag ausgeschlossen, eingestellt haben.

Gegen dieses Circular erhoben die Kläger, als Vertreter einer größeren Anzahl von Interessenten der Hammonia, vor dem Handelsgerichte einen Protest, welcher ein von den Curatoren der Fallitmasse gegen sie anhängig gemachtes Provocationsverfahren zur Folge hatte. In diesem Verfahren ist am 18. November 1861 vor einer Commission des Niedergerichts ein Vergleich zu Stande gekommen, worin Kläger, die als Mandatare der von ihnen namhaft gemachten Hammonia-Gläubiger anerkannt wurden, zwar im Allgemeinen den in dem gedachten Circulare enthaltenen Vorschlägen beitraten, ihren Widerspruch gegen den auf den 15. Sept. 1858 festgestellten Präclusionstermin jedoch festhielten und sich verpflichteten, denselben, bei Strafe der ihrseitigen Anerkennung dieses Präclusionstermins, innerhalb 6 Wochen gegen die Provocanten klagend geltend zu machen.

Dieser Verpflichtung sind Kläger durch die vorliegende, am 7. Jan. 1862 vor dem Niedergerichte anhängig gemachte

Klage nachgekommen, worin sie erklärten, daß sie „ganz auf demselben Standpunkt stehend, wie die Beklagten," bereits in der Erklärung der Direction, liquidiren zu wollen, eventuell in der Anlage eines eigenen Conto's für die noch eingehenden Prämien abseiten des Bevollmächtigten Ohl eine genügende Manifestation der Unsicherheit der Hammonia erblickten, und demgemäß den Präclusionstermin, abgesehen von den Zahlungsfristen des § 35 der Statuten, auf den 5. Februar, eventuell 6. August 1858 festzustellen beantragten; wogegen die beklagtischen Curatoren im Processe die im Circulare vom 15. Febr. 1861 niedergelegte Auffassung festgehalten haben.

Hiernach sind die Parteien über das Princip einverstanden, welches bei Beurtheilung der Frage, ob durch verweigerte Einzahlung der Prämie das Präjudiz des § 46 sub a der Statuten verwirkt worden sei, zur Anwendung kommen soll: daß nämlich eine derartige Weigerung nicht erst seit der Insolvenzerklärung vom 6. November 1858, sondern schon von da an als eine berechtigte und unschädliche anzusehen und zu behandeln sei, wo die Verhältnisse der Hammonia sich derart gestaltet hatten, daß sie eine genügende Sicherheit für die künftige Zahlung der Versicherungssumme nicht mehr darboten. Die Differenz, um deren Entscheidung, in Gemäßheit des abgeschlossenen Vergleichs, die Gerichte angegangen worden sind, betrifft lediglich den Zeitpunkt, wann die hier gedachte Voraussetzung als eingetreten zu erachten sei: ob erst — wie die Beklagten annehmen — am 15. Septbr. oder bereits — wie die Ansicht der Kläger ist — am 5. Febr. 1858, eventuell einem andren, vor dem von den Beklagten eingeräumten Termin liegenden Tage? — Nachdem die Sache in solcher Weise anhängig gemacht worden ist, und dies von keiner Seite Anstand gefunden hat, beschränkt die richterliche Cognition sich darauf, auf der durch das Einverständniß der Parteien gegebenen Basis jene allein noch streitige Frage zu entscheiden, ohne daß es die Aufgabe sein könnte, zu untersuchen, ob dem strengen Rechte nach — sei es vom allgemeinen, sei es von dem durch die nunmehr rechtskräf-

tige Obergerichtsentscheidung i. S. des Dr. Stuhlmann m. n. Taube gegen die Beklagten gegebenen, nach Maßgabe des Commissionsvergleichs für die Kläger präjudiciellen Standpunkte aus, — die Versicherten überhaupt jemals vor eingetretener förmlicher Insolvenz mit der Prämienzahlung einhalten konnten, ohne dadurch das Präjudiz des mehrgedachten § 46 zu verwirken — eine Frage, welche von den Klägern selbst als eine zweifelhafte angesehen wird, die sie indeß, unter stillschweigender Zustimmung der Beklagten, als durch den Consens der Parteien erledigt behandeln.

Aus dem hier Bemerkten ergiebt sich bereits, daß es für unstatthaft erachtet werden muß, wenn Kläger ihre Beschwerde: daß nicht der 5. Februar — eventuell der 6. August 1858 oder ein anderer diesem nahe liegender Tag — als der Zeitpunkt bestimmt worden, von welchem an ein Präjudiz durch die Nichtzahlung der Prämien nicht entstehen konnte, auf ein ganz neues factisches und rechtliches Fundament, nämlich einen bei Eingehung des Versicherungscontractes von Seiten der Direction der Hammonia gegen die Versicherten verübten Betrug, zu gründen versuchen. In der Klage ist von einem solchen Betruge mit keinem Worte die Rede. In der Replik werden zwar Täuschungen, deren sich die Direction der Hammonia gegenüber den Actionären und Versicherten schuldig gemacht, zur Sprache gebracht, jedoch immer nur in Verbindung und zu näherer Illustrirung der Behauptung, daß schon lange vor der Concurseröffnung die Hammonia insolvent resp. dies den Vertretern derselben bekannt gewesen, nicht aber um darin das eigentliche Klagfundament zu setzen; wie denn derjenige dolus in contrahendo, aus welchem jetzt die Unverbindlichkeit des Vertrags gefolgert wird (Vorspiegelung eines Actien-Garantie-Capitals von 1 Million, während in Wahrheit nur ein kleiner Theil desselben gezeichnet gewesen) dort noch gar nicht speciell geltend gemacht, sondern nur beiläufig das Factum erwähnt ist, daß „von der proponirten Million nur 193,000 ℔ gezeichnet wurden." — Daß auf jene in dritter Instanz zuerst

versuchte neue Klagbegründung die Beklagten sich nicht einzulassen brauchen, ist klar. Es bedarf daher keines näheren Eingehens auf den weiteren, übrigens gleichfalls zutreffenden Einwand der Appellaten, daß die Frage über einen von der Hammonia-Direction verübten dolus in contrahendo und dessen Wirkungen nur in specieller Beziehung auf jeden einzelnen Versicherten, der getäuscht zu sein glaubt, verhandelt und entschieden werden könnte.

Was nun die nach obiger Ausführung allein zur Entscheidung stehende Frage, und zunächst die dabei zur Anwendung kommenden Rechtsgrundsätze anlangt, so sind es drei Momente, auf welche in den Verhandlungen von der einen und resp. der anderen Seite Gewicht gelegt worden ist:

1) die (objective) „Unsicherheit" — „Insufficienz" oder „Insolvenz" (welche Ausdrücke in den Verhandlungen promiscue gebraucht werden) der Hammonia,

2) die Gewißheit oder doch Vermuthung einer solchen Unsicherheit auf Seiten der Versicherten, und

3) die eigene Ueberzeugung von deren Vorhandensein auf Seiten der Direction der Hammonia.

Ad 1) Daß der fragliche Termin nur in einen Zeitpunkt fallen könne, wo bereits objectiv eine Unsicherheit der Hammonia vorlag, darüber sind — wie bereits bemerkt — beide Theile im Princip einverstanden. Insbesondere hegen die Kläger selbst nicht die Meinung, als habe schon der bloße subjective Glaube eines Einzelnen, oder auch der Gesammtheit der Versicherten resp. des Publikums an die Unfähigkeit der Hammonia, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, zur Zurückhaltung der Prämienzahlungen berechtigen können; sondern sie betonen als das erste Erforderniß, an dem es aber auch nicht fehle: daß eine Unsicherheit der Hammonia „eingetreten," daß die Gesellschaft „insolvent gewesen" sei. Ueber dieses Erforderniß kann denn auch in der That kein Zweifel sein. Denkbar ist es allerdings, daß einer oder der andere der Versicherten mit seinem irrthümlichen, vielleicht durch die Direction der Hammonia selbst verschuldeten Glau-

ben an die eingetretene Insolvenz der Gesellschaft sich excul-piren — darauf hin Restitution gegen Versäumung der präjudiciellen Fristen erlangen könnte. Allein darum handelt es sich hier nicht. Es soll vielmehr ein Termin gefunden werden, von dem an die Zurückhaltung der Prämie für alle Versicherten — ohne daß es auf die speciellen Erwägungen des Einzelnen ankäme — also, mit andern Worten, wo jene Zurückhaltung objectiv begründet war. Ein rechtfertigender Grund hierfür aber kann jedenfalls nur in der wirklichen Vermögenslage des Versicherers und nicht in der Vorstellung, die der Versicherte oder Dritte sich von dieser Vermögenslage machen, gefunden werden.

Auf der anderen Seite aber muß, nach Maßgabe des oben hervorgehobenen Einverständnisses der Parteien, die wirklich eingetretene Unsicherheit der Hammonia auch für genügend erachtet werden, um die Versicherten zur Unterlassung fernerer Prämienzahlungen zu berechtigen. Den unter 2) und 3) aufgeführten Momenten ist also eine selbstständige Bedeutung nicht beizulegen.

Ad 2) Auf die Meinung der Versicherten kommt es allerdings insoweit, aber auch nur insoweit an, als dieselben, wenn sie den Rechtfertigungsgrund für die unterbliebene Zahlung in die Unsicherheit der Hammonia setzen wollen, auch eben dieser Unsicherheit wegen, also in dem Glauben oder wenigstens dem Verdachte, daß eine solche vorhanden sei, die Prämienzahlung suspendirt haben müssen. Daß dies Motiv obgewaltet, ist aber unbestritten, und damit diese ganz subjective Frage erledigt.

Ad 3) Wenn die Curatoren die Ansicht vertheidigen, daß als Termin, von dem an die Zahlung der Prämien unterlassen werden durfte, erst derjenige Zeitpunkt bestimmt werden könne, wo die Ueberzeugung der Direction von der Insolvenz der Gesellschaft den Versicherten gegenüber sich kund gegeben habe, so bezieht sich dies nicht auf die Rechts- sondern nur auf die Beweisfrage. Man darf unbedenklich annehmen, daß durch die manifestirte Ueberzeugung der Di-

rection von der Insufficienz des Vermögens der Hammonia zur Erfüllung der darauf haftenden Verbindlichkeiten diese Insufficienz selbst erwiesen wird, daß also dieselbe spätestens von dem Tage an zu datiren ist, wo jene Ueberzeugung sich kund gab; und insoferne erscheint es ganz gerechtfertigt, daß die Curatoren bereits vom 15. September 1858 an gegen die mit der Prämienzahlung Zurückgebliebenen das Präjudiz des § 46 nicht in Anwendung bringen wollen. Aber es kann den Versicherten nicht benommen sein, einen früheren Zeitpunkt der Unsicherheit darzuthun, sei es indem sie ihren Beweis direct hierauf richten, oder auch indem sie zeigen, wie die Ueberzeugung der Direction von solcher Unsicherheit bereits früher sich manifestirt habe.

Bildet hiernach die objective „Insufficienz" — „Insolvenz" — oder „Unsicherheit" der Hammonia das allein entscheidende Moment, so ist zunächst der juristische Begriff, der mit diesen Ausdrücken zu verbinden ist, noch näher zu bestimmen. Es kommt

a) nicht darauf an, ob eine solche Insolvenz vorhanden war, welche die Gläubiger berechtigte, die Eröffnung des Concurses zu verlangen. Denn nicht auf den eingetretenen oder mit Nothwendigkeit bevorstehenden formellen Concurs gründet sich das von den Beklagten bedingungsweise anerkannte Recht der Versicherten, die Prämien zurückzuhalten; sondern lediglich darauf, daß die Versicherungsgesellschaft materiell nicht mehr im Stande war, die ihrerseits übernommene Leistung: Sicherung eines bestimmten Capitals für den Todesfall, zu prästiren. — In gewöhnlichen Fällen wird allerdings jene Insolvenz, die zum Concurse führt, mit dieser Leistungsunfähigkeit zusammentreffen. Der vorliegende Fall hat aber das Eigenthümliche, daß es größtentheils nur betagte und resp. bedingte Forderungsrechte sind, die gegen die Hammonia vorliegen, während sie ihrerseits auf die betreffenden Jahresprämien einen sofort fälligen Anspruch hatte. Es bedarf keines tiefen Blickes in das Wesen einer Lebensversicherungsgesellschaft, um sich klar zu machen, daß eine solche sehr

wohl in der Lage sein kann, die ihrerseits fällig werdenden Prästationen noch längere Zeit hindurch zu machen, während ihre Vermögensverhältnisse bereits vollständig zerrüttet sind, sie diejenigen Fonds, die sie zur Deckung künftig fällig werdender Forderungen zurücklegen müßte, zur Bestreitung augenblicklicher Bedürfnisse verwendet und so sich schon jetzt mit voller Bestimmtheit sagen läßt, sie werde, wenn auch vielleicht noch die eine oder andere in nächster Zeit verfallende Versicherungssumme auszahlen, doch in keinem Falle die Gesammtheit der bei ihr Versicherten suo tempore befriedigen können. Ob, so lange eine Versicherungs-Gesellschaft in der Lage ist, ihre laufenden Verbindlichkeiten noch aus eigenen Mitteln (wenn auch nur durch eine mißbräuchliche Verwendung derselben) erledigen zu können, die Versicherten auf Eröffnung des Concurses dringen dürfen, kann dahin gestellt bleiben. Soviel ist gewiß, daß, sobald der vorher charakterisirte Vermögensstand eingetreten ist, jeder einzelne Policeninhaber sich als nicht mehr gehörig gesichert betrachten kann.

b) Auf der anderen Seite wird man — auch abgesehen von dem Actiengarantiecapital — eine Versicherungsgesellschaft noch nicht ohne Weiteres deshalb als unsicher in dem hier in Betracht kommenden Sinne anzusehen haben, weil ein zu einer bestimmten Zeit aufgemachter Vermögensstatus bei Vergleichung der Activa und Passiva (beider mit Einschluß der auf Grund bloßer Wahrscheinlichkeits- oder Durchschnittsberechnung veranschlagten zukünftigen Leistungen und Gegenleistungen) ein Deficit ergiebt. Denn diese ganze Berechnung beruht auf mehr oder weniger willkürlicher Grundlage und erleidet, wenn sie auch (beim Vorhandensein einer großen Zahl von Versicherungen und insoferne man einen langen Zeitraum ins Auge faßt) im Großen und Ganzen als zutreffend gelten kann, doch keine unmittelbare Anwendung auf die einzelnen darin begriffenen Verhältnisse und einen bestimmten aus jenem längeren Zeitraum heraus gerissenen Zeitpunkt. Bei der Veranschlagung des Werthes der zukünf-

tigen Leistungen und Gegenleistungen ist ein Durchschnitt zu Grunde gelegt. Derselbe kann in einzelnen Jahren nicht erreicht sein, aber das minus dieser muß, wenn die Basis der Berechnung eine richtige ist, durch das plus anderer Jahre gedeckt worden. Man kann also nicht schon deshalb, weil vielleicht einmal ein oder mehrere besonders ungünstige Jahre dahin geführt haben, einen „Verlust" buchen zu müssen, die Unfähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung aller ihrer Verbindlichkeiten als constatirt ansehen. Wie unsicher aber auch immer jene technische Berechnung des Vermögenszustandes einer Versicherungsgesellschaft sein mag, so bildet sie doch die einzige mögliche Grundlage für Beantwortung der Frage, ob die Gesellschaft in einem bestimmten Zeitpunkte für insolvent in dem hier in Betracht kommenden Sinne zu erachten sei. Sie ist dies noch nicht ohne Weiteres deshalb, weil die fragliche Berechnung zu einer Unterbilanz geführt hat; wohl aber dann, wenn diese Unterbilanz eine solche Höhe erreicht, daß eine Ausgleichung derselben erfahrungsmäßig nicht mehr zu erwarten steht.

c) Anlangend endlich die Frage, ob und wie weit bei Constatirung einer Insufficienz der Hammonia das Actiengarantiecapital in Betracht zu ziehen sei, so ist dieselbe unbedenklich mit den Beklagten dahin zu beantworten, daß dieses Capital, soweit realisirbar, als ein Activum des Gesellschaftsvermögens in Rechnung zu bringen und die Gesellschaft so lange nicht für insolvent (in dem hier in Betracht kommenden Sinne) zu erachten war, als sie noch in den einzuziehenden Beiträgen der Actionäre die Mittel besaß, den bei ihr Versicherten vollständig gerecht zu werden. Die Bedeutung der in § 1 der Statuten übernommenen „Gewähr" ist nicht die einer Bürgschaft für die Schuld eines Dritten, sondern nur die Erklärung der Gesellschaft, mit ihrem eigenen Capital für diejenigen Verbindlichkeiten zu haften, die man zunächst aus dem durch die eingezahlten Prämien gebildeten Fonds zu decken beabsichtigte und decken zu können hoffte. Aber jenes Actiencapital ist eben so gut Gesellschafts-

vermögen als diese aus den Prämien gebildeten Fonds, bestimmt, im Nothfalle zur Bezahlung der Gesellschaftsschulden herangezogen zu werden, und deshalb bei der Frage, ob die Gesellschaft zur Bezahlung ihrer Schulden im Stande ist, mit in Anschlag zu bringen.

In factischer Beziehung reducirt sich Alles auf die Frage: ob am 5. Febr., eventuell am 6. August 1858 eine Unsicherheit der Hammonia in dem hier erörterten Sinne vorgelegen hat.

1) Anlangend den 5. Febr., so stehen die Anführungen der Parteien sich direct entgegen. Die Kläger behaupten, daß die Hammonia schon vorher und jedenfalls zu dem gedachten Zeitpunkte insufficient gewesen sei. Die Beklagten leugnen dies und stellen vielmehr die Behauptung auf: die Insolvenz sei nur dadurch herbeigeführt worden, daß Versicherte wie Actionäre von jenem Zeitpunkte an den ihnen obliegenden Verpflichtungen nicht nachgekommen seien. Nun haben Beklagte selbst freilich in gegenwärtiger Instanz einen von dem Bevollmächtigten Ohl auf ult. Decbr. 1857 aufgemachten und ihrerseits nicht beanstandeten Status der Hammonia vorgelegt, zufolge dessen die Gesellschaft bereits damals (wenige Wochen vor dem 5. Februar 1858) ein Deficit von Bco. ℔ 104,011. 4 ß 6 ₰ gehabt hat; und hiermit würde, abgesehen von dem Actiengarantiecapital, die Sache zu Gunsten der Kläger abgethan sein. Es bedarf eines näheren Nachweises, daß die Ansammlung und Erhaltung einer dem technischen Werthe sämmtlicher Policen entsprechenden „Reserve" eine nothwendige Bedingung der Lebensfähigkeit einer Versicherungsgesellschaft ist, um so weniger, als Beklagte selbst dies auf das Allerbündigste anerkannt haben. Und wenn auch eine Gesellschaft, nach den oben sub b) entwickelten Grundsätzen, nicht schon ohne Weiteres deshalb für insolvent zu erklären sein wird, weil sie die statutarische Reserve in ihrer vollen rechnungsmäßigen Höhe nicht aufzuweisen vermag, so wird man doch keinen Anstand nehmen können, eine Versicherungsgesellschaft, die, wie es bei der Hammonia zugestandenermaßen der Fall gewesen ist, nach 12 resp. 7jähriger Wirksamkeit

gar keine Reserve, sondern statt deren nur ein Deficit in dem oben genannten erheblichen Betrage aufzuweisen hat, ohne Weiteres für insolvent zu erklären, wenn und soweit nicht dieser Mangel durch das Actiencapital gedeckt wird. Darüber aber, wie sich — unter Hinzurechnung des gezeichneten resp. exigibeln Actiengarantiecapitals — der Status der Hammonia um die Zeit vom 5. Febr. 1858 gestellt habe, stehen wiederum die Behauptungen der Streittheile einander entgegen; und kann diese Frage — da sich jedenfalls der Nominalbetrag der noch nicht realisirten Actienzeichnungen höher belief, als jenes Deficit — nicht ohne Weiteres zu Gunsten der Kläger entschieden werden.

Vielmehr führt der Widerstreit der beiderseitigen Behauptungen auf eine den Klägern zu machende Beweisauflage. Zwar sind bereits von beiden Parteien Documente und Berechnungen vorgelegt worden, wodurch eine jede die Richtigkeit ihrer und die Falschheit der entgegengesetzten Behauptungen sofort darthun zu können glaubt. Indessen kann dadurch ein ordentliches Beweisverfahren nicht erübrigt werden. Entscheidend ist hierfür schon der processualische, vom Ober-Appellationsgericht constant zur Anwendung gebrachte Grundsatz, daß auch bei anticipirtem Beweise, so lange überhaupt noch ein Gegenbeweis möglich ist, den Parteien durch Erlassung eines förmlichen Beweisinterlocuts Gelegenheit zur Beibringung weiterer Beweis- und Gegenbeweismittel gegeben werden muß. Es kann daher auch nicht angemessen erscheinen, auf die einzelnen Documente jetzt schon näher einzugehen und durch ein Urtheil über die Beweiskraft derselben dem Richter erster Instanz, der demnächst über das gesammte beizubringende Beweismaterial zu erkennen haben wird, vorzugreifen.

2) Anlangend das eventuelle Verlangen der Kläger, daß als Präclusions-Termin der 6. August 1858 „oder ein anderer demselben nahe liegender Tag" anerkannt werde, so stützt sich dasselbe auf die in dem ersten Berichte der Curatores bonorum d. d. 28. Novbr. 1859 enthaltene Aeußerung:

„Etwa 2—3 Monate vor der Insolvenzerklärung (6. No-

„vember 1858) legte der damalige Generalbevollmä
„Herr Ohl ein eigenes Conto für die nunmehr no
„gezahlt werdenden Prämien an, deren Empfang
„er zu einer Zeit, wo der fernere Fortbestand der
„schaft unmöglich erscheinen mußte, nicht mehr vera
„ten zu können glaubte."

Beklagte haben zugegeben, daß die fragliche Maßreg
reits im August getroffen worden sei, und das Datu
6. nicht bestritten, so daß man in Betreff der Thatsache
Einverständniß annehmen kann. Anlangend dageg
rechtliche Beurtheilung derselben, so muß den Beklagt
gegeben werden, daß die Bildung des fraglichen Se
conto's abseiten des Bevollmächtigten der Gesellschaft, e
dringendes Indicium sie auch sein mag, doch den Be
einer damals bereits eingetretenen Insufficienz des V
gens der Hammonia zu liefern nicht im Stande ist.
findet schon in der Betrachtung ihre Erklärung, daß,
die von verschiedenen Versicherten bereits begonnene
rung der Prämienzahlung eine allgemeine werden sollt
Bruch nicht zu vermeiden sei; weshalb es, vom Stand
des Versicherers aus, angemessen erscheinen mußte, für
vorauszusehenden, aber noch nicht eingetretenen Fa
Prämienzahler nicht schlechter zu stellen als die Remite

Es konnte daher auch der eventuellen Beschwerde de
ger nicht deferirt, mußte dagegen denselben, in Bezi
auf die Zeit der eingetretenen Unsicherheit der Hamm
wie dies in dem aufgestellten Beweissatze geschehen ist,
Spielraum gelassen werden.

II. Die Adhäsionsbeschwerde der Beklagte
darüber erhoben, daß das Obergerichts-Erkenntniß de
der Prämienzahlung zurückgebliebenen Versicherten die
lungsfristen des § 35 der Statuten zu Gute kommen
— Anlangend

A. die Statthaftigkeit dieser Beschwerde, so konnte

1) der Ansicht der Kläger, daß dieselbe wegen Co
mität der beiden vorigen Erkenntnisse in diesem Punkte

geschlossen sei, nicht beigetreten werden. Die im Niedergerichts-Decisum gebrauchte Ausdrucksweise:

„Policen —, welche nicht etwa schon am 5. Februar 1858
„durch unterbliebene Prämienzahlung erloschen waren"

kann zwar möglicherweise dahin interpretirt werden, daß, um das Präjudiz des § 46 zu realisiren, am 5. Febr. 1858 auch die Zahlungsfristen des § 35 bereits abgelaufen gewesen sein müssen; allein beim gänzlichen Mangel einschlagender Entscheidungsgründe tritt diese Intention nicht bestimmt genug hervor, um sagen zu können, das Niedergericht habe bereits eine Entscheidung über jene Streitfrage im Sinne der Kläger gegeben. Zweifelhafter erscheint es

2) ob die Adhäsion gegen denjenigen Theil des Erkenntnisses gehe, über welchen sich die Kläger beschwert haben. Käme es auf die Identität des Beschwerdepunktes an, so würde die Statthaftigkeit der Adhäsion zu verneinen sein, da es zwei verschiedene, von einander durchaus unabhängige Fragen sind: mit welchem Momente die Versicherten berechtigt wurden, ihre Zahlungen zu sistiren, und ob es zur Realisirung des Präjudizes in § 46 der Statuten gegen die mit der Zahlung Zurückgebliebenen genügt, daß vor jenem Termine der „Fälligkeitstermin" eingetreten war, oder ob auch noch der Ablauf der in § 35 der Statuten bewilligten Zahlungsfristen hinzukommen muß. Die Beschwerde der Beklagten betrifft den zweiten, diejenige der Kläger aber nur den ersten Punkt, während sie ausdrücklich beantragen, die Entscheidung des Obergerichts hinsichtlich des zweiten Punktes aufrecht zu erhalten.

Die Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht § 135 sieht aber nicht sowohl auf die Connexität der Beschwerdepunkte, als auf die äußere Fassung des Erkenntnisses, und in dem Obergerichtsdecisum sind die beiden erwähnten Punkte in einer solchen Weise verbunden, daß es nicht möglich ist, hier zwei verschiedene „Theile" des Erkenntnisses zu unterscheiden. Es mußte daher die Zulässigkeit der Adhäsion angenommen werden.

B. Die Beschwerde stellt sich aber als materiell unbegründet dar. — Nach §. 46 der Statuten erlischt die Versicherung ohne Weiteres, „wenn die Prämien nicht pünktlich und unter Innehaltung der in § 35 vorgeschriebenen Fristen bezahlt werden." Der § 35 aber schreibt vor, daß die Beiträge resp. innerhalb 30, 15 und 5 Tagen „nach dem Fälligkeitstermine" — entrichtet werden müssen. Es ist also ganz klar, daß das Präjudiz des § 46 gegen einen einzelnen Versicherten nicht sofort mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Prämie „fällig" geworden, sondern erst dann eintritt, wenn innerhalb weiterer 30 resp. 15 oder 5 Tagen die Prämie nicht bezahlt worden ist. Das bestreiten denn auch die Beklagten nicht; sie argumentiren vielmehr folgendergestalt. Wenn z. B. der 15. Septbr. der Tag war, von welchem an die Versicherten die Prämienzahlung einstellen durften, so hatten alle Versicherten, für welche der „Fälligkeitstermin" bereits vor diesem Tage eingetreten war, ihre Prämien, weil bereits früher verfallen, noch zu bezahlen. Für diese Zahlung kamen ihnen allerdings die Fristen des § 35 zu Gute. Ließen sie dieselben aber unbenutzt vorübergehen, so traf sie das Präjudiz des § 46, weil die Prämie, die sie zu zahlen hatten, überhaupt nicht in die Kategorie derjenigen gehörte, deren Zahlung verweigert resp. suspendirt werden konnte. Dies letztere ist aber eine willkürliche Voraussetzung, und in Wahrheit gar kein Grund vorhanden, hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechtes des Versicherten wegen Unsicherheit der ihm versprochenen Leistung zwischen den zur Zeit der eingetretenen materiellen Insolvenz bereits fälligen und den noch nicht fälligen Prämien zu unterscheiden.

Eine andere, mit der vorstehenden in Zusammenhang stehende Begründung der beklagtischen Ansicht ist die, daß, nach der Natur des Versicherungsvertrags (cf. auch § 32 al. 2 d. Statuts), die Prämie **pränumerirt** werden müsse, eigentlich also sofort mit dem „Fälligkeitstermine" (§ 35) die mora eintreten, und das daran geknüpfte Präjudiz des

§ 46 verwirkt sein würde. Den Versicherten seien nun freilich noch die Fristen des § 35 gewährt, innerhalb deren sie mora purgiren könnten. Seien diese Fristen aber, ohne daß Zahlung erfolgte, abgelaufen, so stelle sich die Sache so, daß die mora bereits mit dem Fälligkeitstermine eingetreten sei, und der Versicherte, der damals noch der Zahlungspflicht unterlag, habe durch die Nichtzahlung die Versicherung unter Verfall sämmtlicher bereits bezahlten Prämien verwirkt.

Aber die Statuten, die doch für das Rechtsverhältniß zwischen Versichertem und Versicherer allein entscheidend sind, bieten auch für diese Ansicht keinen genügenden Halt. Ist es auch richtig, daß das Versicherungsjahr ꝛc., für welches die Jahresprämie valedirt, jene 30, 15, 5 Tage in sich faßt, und insoferne die Prämie als bereits vor Ablauf dieser 30, 15, 5 Tage „fällig" geworden bezeichnet werden kann, so sind doch die Fristen des § 35 nicht als Fristen zur Nachholung einer Versäumniß, sondern sie sind einfach als die Zeit bestimmt, innerhalb deren die Verbindlichkeit des Versicherten überhaupt erst erfüllt zu werden braucht. Vor deren Ablauf kann von einem Verzuge überall nicht die Rede sein und wenn innerhalb derselben, also vor Eintritt der mora, ein Ereigniß eintritt, welches die Versicherten von ihrer Zahlungsverbindlichkeit befreit oder dieselbe suspendirt, so muß dieses Ereigniß auch hier seine liberatorische Wirkung üben.

III. Die Parteien haben den Wunsch ausgesprochen resp. anheim gegeben, daß die höchste Instanz auch noch über andere in dem vorliegenden Processe von einer oder der anderen Seite bezw. von Amtswegen angeregte Fragen sich aussprechen möge. Es fehlt indeß — wie sich aus der nachstehenden Uebersicht ergiebt — dem Ober-Appellationsgericht an der Competenz zu einem derartigen Ausspruche:

1) das Niedergericht hatte in seinem Decisum erklärt, daß überhaupt nur solche Ansprüche zu berücksichtigen seien, „welche bei der Masse rechtzeitig angemeldet worden," gegen welchen Ausspruch die Beklagten ihr Grav. II. vor. Instanz

erhoben. — Es muß dahin gestellt bleiben, welches die Bedeutung und rechtliche Wirkung der vom Obergericht über diese Beschwerde getroffenen Entscheidung ist, da dieselbe einen Punkt betrifft, der mit demjenigen, worüber anher appellirt worden, nicht in Zusammenhang steht, von einem Revivisciren jener Beschwerde in Folge der auf die gegenwärtige Appellation getroffenen Abänderung des obergerichtlichen Erkenntnisses also jedenfalls nicht die Rede sein kann.

2) Das Niedergericht hatte die Aufnahme der klägerischen Ansprüche bei der Masse von der Nachzahlung der resp. Prämien abhängig gemacht, welche bis zu dem Zeitpunkte fällig geworden sind, von wo an die eingehenden Prämienzahlungen ad depositum genommen wurden. Hiergegen war Grav. III. v. J. der Beklagten gerichtet, dessen Tendenz dahin ging, daß die Prämien nicht allein bis zu dem vom Niedergericht bezeichneten Zeitpunkte, sondern bis zum 6. Novbr. 1858, als dem Tage der Insolvenzerklärung, nachzuzahlen resp. zu verrechnen seien. Das Obergericht hat in den Entscheidungsgründen erklärt, daß diese Beschwerde nach der seiner Entscheidung zu Grunde gelegten Auffassung sich von selbst erledige, und in seinem Decisum von einer Nachzahlungspflicht der Versicherten überall nichts gesagt. — Beklagte haben nun, während sie selbst ausdrücklich erklären, daß sie sich formell außer Stand sähen, die in ihrem Grav. III. vor. Instanz angeregte Frage wieder aufzunehmen, gleichwohl beantragt, das Ober-Appellationsgericht möge sich darüber aussprechen, daß die Nachzahlungspflicht überhaupt rechtskräftig anerkannt, und nur darüber noch mittelst einer neuen Klage zu litigiren sei, bis zu welchem Termine diese Prämienzahlung stattzufinden habe. Dieser Antrag steht indeß mit ihrer eigenen vollkommen richtigen Prämisse, daß der ganze Punkt nicht ans Ober-Appellationsgericht erwachsen sei, im Widerspruche.

3) Grav. IV. und V. vor. Instanz sind vom Obergerichte als unstatthaft abgewiesen; Beklagte haben sich dabei beruhigt und hierbei muß es, da die Beurtheilung der anher gebrachten

auf den speciellen Gegenstand jener Beschwerden überall nicht hinführt, sein Bewenden haben.

IV. Anlangend endlich die Nebenpunkte, so waren die Kosten erster Instanz, da noch nicht endlich in der Sache erkannt werden konnte, auszusetzen, diejenigen der zweiten und dritten Instanz aber, beim Wechsel der Erkenntnisse, zu vergleichen.

Hamburg. 50.

Robert Miles Sloman jr. zu Hamburg im Auftrage von **John Meek** in Liverpool, Kläger, wider Dr. **H. A. R. Brandis** zu Hamburg, mand. noie. des Capitain **Wilhelm Schnabelius** vom Schiffe Amphitrite, Beklagten, wegen Frachtforderung.

Wie ist die Fracht für eine Rumladung von Havana nach Hamburg zu berechnen, wenn in der in England geschlossenen Chartepartie die Fracht bestimmt worden ist zu 77½ shilling.

For sugar and molasses per ton of 2240 ℔ nett Spanish weight delivered, the same rates to be paid for rum per liquid tun?

Am 16. October 1862 charterte John Meek in Liverpool das Hannoversche Schiff „Amphitrite," um eine Kohlenladung nach Havana zu bringen und dort eine Ladung nach England oder einem näher bestimmten Hafen des Continents einzunehmen, und ward für den letztern Fall die Fracht von Havana ab so, wie obsteht, stipulirt, indem Kläger sich vorbehielt, das Schiff in Havana seinerseits zu verchartern, und der Schiffer sich verpflichtete, die Connossemente in Havana

der dort geschlossenen Chartepartie entsprechend (at any rate of freight, if required) zu zeichen. An Vorschuß auf die Fracht wurden dem Capitain £ 250 bewilligt.

Laut der am 27. Februar 1863 in Havana, zwischen dem Agenten von John Meek und einem Hause Meyer & Co. geschlossenen recharter über eine Ladung von 360 Pipen Rum nach Hamburg ward die Fracht bedungen zu 50 sh. pr. Pipe. Uebrigens leistete der gedachte Havaneser Vertreter des John Meek an und für den Capitain Zahlungen, welche Ersterer zu ca. £ 271 berechnet, Letzterer als ihn angehend aber nur zu ca. £ 170 anerkennt.

Die Empfänger der Ladung, Tesdorpf & Sohn in Hamburg, ließen dieselbe royen, wiewohl ohne Zuziehung des Capitains. Laut der zu den Acten gekommenen Roybernote, welcher aber nur 329 ganze Pipen (von denen überdies eine als ganz, eine zweite als halbleer bezeichnet sind), 28 halbe und 12 Viertelpipen, im Ganzen also 346 Pipen zum Grunde liegen, ist der Inhalt der einzelnen Pipen so angegeben worden, daß im Ganzen 20,578 Hamburger Viertel sich ergeben.

Tesdorpf & Sohn hatten nun von der Bco. ℔ 5947. betragenden Fracht, welche dem Capitain nach der Havaneser recharter zukamen, erst Bco. ℔ 1073. 5 ß gezahlt, als der Vertreter des Liverpooler Charterers eine Klage gegen den Capitain erhob, nach welcher Letzterer schon mehr an Vorschüssen empfangen haben sollte, als ihm an Fracht zukomme. Und zwar wird diese Fracht folgendermaßen berechnet:

Die auszuliefernde liquid tun halte 252 imperial gallons. Nun betrügen 100 Hamburger Viertel 159,39 imperial gallons, folglich die laut Royernote wirklich ausgelieferten 20,578 Viertel 32,799 gallons, und mithin betrage die Fracht 77 ½ sh. per 252 gallons, im Ganzen also £ 504. 6 sh. 11 d.

Dabei ist zu bemerken, daß in einer der Frachtberechnung als Beleg beigefügten Abrechnung des obgedachten Havaneser Agenten bei dem Ansatz der vom Schiffer nach der Charter zu zahlenden Provision von 3 Procent die Rückfracht veranschlagt ist zu Doll. 3000 (ca. £ 676).

Vom Beklagten ward nun aber außer andern Punkten der Rechnung, die nicht zur Entscheidung an das O.-A.-Gericht gelangten, auch die Richtigkeit der obigen Frachtberechnung entschieden bestritten, und vielmehr folgende Berechnung aufgestellt. Die Fracht sei in der Hauptcharter stipulirt zu 77½ sh. per tun. Nun sei aber 1 tun = 2 Pipen, und Pipen, nicht gallons, seien laut Connossement ausgeliefert. Folglich seien an Fracht zu zahlen 77½ sh. für 2 Pipen. Hienach berechnete er, wiewohl unter Zugrundelegung von nur im Ganzen 359 Pipen (statt verladener 360), die ihm zukommende Fracht zu £ 695. 11 sh. 3 d., also zu £ 191. 4 sh. 5 d. mehr als vom Kläger zugestanden. Uebrigens ward eventualiter auch die Richtigkeit der angeblich nur ausgelieferten 20,578 Viertel und der Reduction derselben auf gallons bestritten. — Nach weiterer Verhandlung sprach sich

das Handelsgericht

in seinem Erkenntnisse vom 7. Januar 1864 über den fraglichen Punkt dahin aus:

Da, wenn es auch vollkommen richtig ist, daß man in England 2 Pipen auf eine liquid tun rechnet, doch dieser Satz nichts weiter bedeutet, als daß 2 Gebinde von derjenigen Größe, welche ein Gebinde haben muß, um in England als eine Pipe zu gelten, dort auf eine liquid tun gerechnet werden;

da ferner zwar vermuthet werden darf, daß die Gebinde, welche dem Beklagten unter der Bezeichnung Pipen in Havana an Bord geliefert worden, von der Größe solcher Fässer waren, in denen unter dem Namen Pipen Rum aus Havana exportirt zu werden pflegt, es aber keineswegs als selbstverständlich betrachtet werden kann und auch von dem mand. nomine Beklagten nicht behauptet worden ist, daß diese Havaneser Pipen regelmäßig von der Größe einer Englischen Pipe seien;

da demnach es gänzlich unklar ist, wie mandatario nomine Beklagter daraus, daß man in England 2 Pipen auf eine liquid tun rechnet, ableiten will, daß dem Beklagten für je zwei der mit dem beklagtischen Schiff in Havana verla-

denen Pipen der Frachtsatz zukomme, welcher in der zwischen den Parteien in Liverpool abgeschlossenen Charterpartie für eine liquid tun festgesetzt worden;

da offenbar auch daraus, daß nach Inhalt der von dem Kläger geschlossenen Aftercharterpartie Beklagter eine Constatirung des Maaßes weder bei der Verladung in Havana, noch bei der Entlöschung hieselbst zu verlangen berechtigt war, mandatario nomine Beklagter nicht ableiten kann, daß für die Berechnung der seinem Mandanten zukommenden Fracht jede mit dessen Schiff verladene Pipe, ohne daß deren Größe in Betracht komme, als eine halbe liquid tun gelten müsse;

da vielmehr diesem Sachverhalt nur die Bedeutung zugeschrieben werden kann, daß es als genügend angesehen werden muß, wenn Beklagter seiner Frachtberechnung das Durchschnittsverhältniß zwischen einer Havaneser Pipe und einer englischen zu Grunde legt, und daß alsdann der Kläger, wenn er eine nach diesem Durchschnittsverhältniß aufgemachte Frachtrechnung nicht anerkennen will, den Beweis zu übernehmen hat, daß die von dem Beklagten hierhergebrachten Pipen in Wirklichkeit kleiner waren, oder — für den Fall, daß die Frachtbestimmung dahin zu verstehen sein sollte, daß der Frachtsatz für das im Bestimmungshafen ausgelieferte Maaß gilt — den Beweis, daß weniger an Maaß ausgeliefert worden;

da ferner dem Beklagten obliegt, seinen Frachtanspruch gehörig zu begründen und demselben in Ermangelung solcher Begründung an Fracht nicht mehr, als von dem Kläger concedirt wird, zuzusprechen wäre;

da demnach vorgängig dem mand. nom. Beklagten aufzuerlegen ist, entweder gehörig aufzuklären, worauf seine Annahme, daß je zwei der von dem beklagtischen Schiff hierhergebrachten Pipen auf eine liquid tun berechnet werden müßten, beruht, oder unter Zugrundelegung des Durchschnittsverhältnisses zwischen einer Havaneser Pipe und einer englischen eine anderweitige Berechnung der Fracht beizubringen;

da selbstverständlich dem mand. nom. Beklagten nicht verwehrt werden könnte, nach der von klägerischer Seite als Anlage 9 beigebrachten Royernote — welche übrigens einige Gebinde weniger, als das von dem mand. nom. Beklagten als Angabe C. producirte Connossement aufführt — den Cubikinhalt der Gebinde zu berechnen und die aus dieser Berechnung sich ergebende Zahl hiesiger Viertel auf liquid tuns zu reduciren:

daß mandatario nomine Beklagter vorgängig innerhalb 14 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses unter dem Präjudiz, daß ihm an Fracht nicht mehr als die vom Kläger berechneten £ 504. 6 sh. 11 d. zuerkannt werden, entweder aufzuklären habe, worauf seine Annahme, daß je zwei der mit dem beklagtischen Schiff verladenen Pipen auf eine liquid tun gerechnet werden müßten, beruhe, oder eine anderweitige gehörige Berechnung über die dem Beklagten zukommende Fracht beizubringen habe.

Wider diese Entscheidung erhoben beide Theile Beschwerde.

I. Der Kläger.

1) principaliter, weil nicht sofort ausgesprochen sei, daß dem Beklagten nur von 20,578 Hamburger Vierteln in der klagend vorgenommenen Reduction auf imperial gallons Fracht zukomme;

2) event. weil nicht, unter Feststellung dieser Reduction und des Princips, daß nur von dem ausgelieferten Maaß Fracht zu bezahlen, dem Beklagten höchstens nur noch der Beweis nachgelassen sei:

daß er mehr als 20,578 Hamburger Viertel und wie viel mehr ausgeliefert habe.

II. Der Beklagte dagegen beschwerte sich, daß nicht seine Frachtrechnung als richtig anerkannt sei.

Uebrigens betrafen die Verhandlungen zweiter Instanz vorzugsweise die für den Beklagten geltend gemachte Behauptung, daß, wenn es überall auf das ausgelieferte Maaß ankomme, dieses nicht auf imperial gallons, sondern auf die alten Englischen Wein-gallons zu reduciren sei.

Das Obergericht

gab hierauf in seinem Erkenntnisse vom 27. Mai 1864 folgende Entscheidung ab:

Da dem Kläger darin beizupflichten ist, daß die Frage, ob die Fracht nach ausgeliefertem Maaße zu berechnen sei, eine für die Beurtheilung der Sache präjudicielle Vorfrage bildet, deren vom handelsgerichtlichen Erkenntnisse a quo vorbehaltene Entscheidung vorweg festzustellen und deshalb jetzt vom Obergerichte auszusprechen ist;

da nun darüber, daß die Bestimmung der in Liverpool abgeschlossenen Charteparties, der zufolge die Fracht für Rum mit 77 sh. 6 d. per liquid tun berechnet werden soll, von ausgeliefertem Maaße zu verstehen ist, so wenig als darüber ein Zweifel obwalten kann, daß eine liquid tun gleich ist 252 imperial gallons, und der Schiffer es sich selbst beizumessen hat, wenn er es unterließ, sich am Orte des Abschlusses von der Bedeutung dieses Frachtsatzes zu unterrichten;

da auch dem Umstande, daß für den Recharter eine andere Frachtberechnung adoptirt wurde, so wenig als der abweichenden vorläufigen Berechnung der dem Beklagten zu entrichtenden Fracht, welche der Commissions-Veranschlagung des klägerischen Agenten in Havana zum Grunde gelegt worden zu sein scheint, ein Einfluß auf die schließliche Frachtberechnung einzuräumen ist; auch die in der Chartepartie enthaltene Bezugnahme auf ausgeliefertes spanisches Gewicht um so weniger zu einer Auslegung der Chartepartie im Sinne des Schiffers führen kann, als der Befrachter durch diese Bezugnahme auf das schwerere spanische Gewicht sich eine ihm günstige Abweichung von der, ohne diese Stipulation eingetretenen Zugrundelegung des englischen Gewichtes ausbedungen hat;

da es ferner freilich seine Richtigkeit hat, daß durch die dem Schiffer vorgezeichnete Fassung des Connossementes demselben jede Zwangsberechtigung zur Controlirung des ausgelieferten Maaßes im regulären Geschäftsgange abgeschnitten war, daraus aber nur gefolgert werden kann, daß er sich

der am Entlöschungsorte üblichen Ermittelungsweise des ausgelieferten Maaßes, also für Hamburg der Ermittelung durch eine ordnungsmäßig vorgenommene Roye unterworfen hat;

da indessen der Beklagte sich über die vom Kläger beigebrachte, der Frachtberechnung des Letzteren zum Grunde gelegte Royernote (Anlage 9) noch gar nicht erklärt hat, eine Geltendmachung seiner Monituren gegen dieselbe ihm aber um so weniger abgeschnitten werden darf, als diese Royernote, wie bereits vom Handelsgerichte angedeutet worden, bei den ganzen Pipen 12 Nummern und bei den halben Pipen 2 Nummern weniger aufführt, als im Connossemente aufgeführt worden, während die beklagtische Frachtrechnung nur eine Pipe weniger als im Connossemente verzeichnet zum Grunde legt, wie denn auch unter den fortlaufenden Nummern der Royernote № 63 als leer und № 68 als nur zur Hälfte gefüllt bezeichnet wird;

da demnach dem Beklagten die Anfechtung der Royernote und die Ermittelung einer größern als der in derselben als ausgeliefert angegebenen Viertelzahl vorzubehalten ist, und wegen der Reduction der Viertel auf imperial gallons, über welche ebenfalls noch nicht verhandelt worden, den Parteien alle Gerechtsame vorzubehalten sind:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 7. Januar dieses Jahres in seiner Entscheidung unter I. auf Grund der klägerischen Beschwerdeführung wieder aufzuheben, und festzustellen, daß die dem Beklagten zu entrichtende Fracht nach ausgeliefertem Maaße mit 77 sh. 6 d. für je 252 ausgelieferte imperial gallons zu berechnen, und dieser Berechnung die Royernote, Anlage 9, unter Vorbehalt beklagtischen Nachweises der Auslieferung eines höhern als des in derselben aufgeführten Viertelmaaßes, zum Grunde zu legen, wegen der Reduction auf imperial gallons aber den Parteien alle Gerechtsame zu reserviren.

Der Beklagte appellirte zwar weiter, es ward aber durch Erkenntniß des Ober-Appell.-Gerichts vom 6. Juli 1865 das des Obergerichts bestätigt.

Entscheidungsgründe.

I. Der Beklagte verlangt mittelst des principalen Theils seiner in dieser Instanz aufgestellten einzigen Beschwerde, daß ihm die Fracht ohne Weiteres nach der von ihm aufgestellten Berechnung zuerkannt werde. Die Verwerflichkeit dieses, auch gar nicht weiter gerechtfertigten Theils der Beschwerde liegt aber auf flacher Hand. Man braucht nämlich nur zu erwägen, daß in der hier maßgebenden Charter [7] die Fracht für Rum bedungen ist zu $77\frac{1}{2}$ sh. per liquid tun, um es aus den Gründen des Handelsgerichts für völlig unstatthaft zu erklären, daß der Beklagte statt dessen seine Fracht nach den ausgelieferten Havaneser Gebinden berechnet, davon ausgehend, daß 2 Havaneser Pipen gleich seien einer Englischen liquid tun; und ist die Wiederholung dieser Beschwerde in gegenwärtiger Instanz um so schwerer zu begreifen, als Beklagter in voriger Instanz selbst hat einräumen müssen, daß die Havaneser Pipe zu 6 gallons geringer als die Englische angenommen zu werden pflege.

O.-Ger.-Acten B. [8] S. 6—7.

II. Nicht weniger unbegründet ist es, wenn der Beklagte in erster Eventualität verlangt, daß das Maaß der liquid tun auf 252 old English wine gallons, als auf das Havaneser Maaß der tun fixirt werde.

Wenn der Beklagte nämlich

A. auch in dieser Instanz noch bei seiner in der vorigen aufgestellten Behauptung beharrt, daß selbst in England gegenwärtig die liquid tun nicht zu 252 imperial gallons gerechnet werde, sondern nur zu 252 old wine gallons, welche sich zu jenen wie 6 zu 5 verhalten, so ist das ein offenbarer Irrthum. Es ist nämlich eine ausgemachte Sache, daß die durch die Parlamentsacte 5 Georg IV. C. 74 festgestellte imperial gallon die normale Einheit bildet, wonach sich seitdem in England alle Hohlmaaße regeln, und daß dort bei Wein und Spirituosen, wie schon von Alters her 252 alte gallons, so jetzt 252 imperial gallons für eine tun gerechnet werden.

Dies bezeugen nämlich:

Nelkenbrecher, allgemeines Taschenbuch ed. 15. v. Kandelhardt S. 279.

Schleier, Handelswissenschaft S. 83—84.

Noback, Münz-, Maaß- und Gewichtsbuch S. 407—8.

Bleibtreu, Handbuch der Münz-, Maaß- und Gewichtskunde. S. 234—35.

Stevens, practisches Handbuch über Befrachtung und Stauung, aus dem Englischen von Stipperger. S. 153—154.

Tecklenborg, Handlexicon für Rheder, Versicherer und Schiffscapitaine S. 184—185.

Denn wenn der Beklagte diesen letzteren Schriftsteller in voriger Instanz für sich angeführt hat, insofern derselbe nämlich an der citirten Stelle angiebt, 1 Gallon, von welchen 252 eine tun bildeten, halte 229 französ. Cubikzoll, so ist das völlig mit Unrecht geschehen, indem dieses von Tecklenborg angegebene Maaß grade das des imperial gallon ist.

Nelkenbrecher a. a. O.

Noback, vollständiges Taschenbuch für Münz-, Maaß- und Gewichts-Verhältnisse. S. 547.

Mit den obigen Zeugnissen stimmt denn auch ganz überein das vom Kläger schon in erster Instanz beigebrachte Attest Liverpooler Kaufleute und des dortigen Lübeck-Hamburgischen Consuls.

Handelsger.-Acten [20]

Dagegen kann denn auch nicht in Betracht kommen, daß, wie der Beklagte geltend macht, Stevens in seinem oben angeführten Buche unter der Rubrik „Ausländische Weinmaaße; Deutschland" bemerkt: „Ein Viertel für Bier und Spirituosen ist gewöhnlich 2 Englische Gallons,"

Stevens a. a. O. S. 154.

was allerdings dem Maaß der alten Weingallons entspricht. Denn dieser unbestimmten sich allgemein auf Deutschland beziehenden Bemerkung steht das, mit der Berechnung des Klägers ungefähr übereinstimmende, wiewohl dem Beklagten günstigere Zeugniß von Noback entgegen, wonach 100 Hamburger Viertel gleich sind 159,470 imperial gallons.

Noback. Münz-, Maaß- und Gewichtsbuch S. 261.

Zwar meint der Beklagte

B. es könne jedenfalls in dem gegenwärtigen Falle die Fracht nicht nach imperial gallons berechnet werden, da in Havana noch nach dem alten Englischen Weingallon gerechnet werde. Allein der Grund des Beklagten, warum die in Havana geltende Spanische Maaße entscheiden soll, weil nämlich in der Charter die Fracht für Zucker nach ausgeliefertem Spanischen Gewichte bedungen sei, ist ein völlig unzutreffender. Denn, wie schon das Obergericht bemerkt hat und der Beklagte ohne Grund bezweifelt, ist das Spanische Gewicht schwerer als das Englische, indem 100 ℔ Spanisch ungefähr gleich sind, und in Havana in der Praxis völlig gleich gerechnet werden $101\frac{1}{2}$ ℔ Englisch avoir du poids:

Nelkenbrecher, a. a. O. p. 448.
Noback, a. a. O. p. 274.
Bleibtreu, a. a. O. p. 176.

Wenn nun der Kläger bei der Fracht für ausgelieferten Zucker sich das ihm günstigere Spanische Gewicht ausdrücklich stipulirt hat, so kann daraus unmöglich gefolgert werden, daß er bei Rum, wo über das Maaß, nach welchem ausgeliefert werden soll, nichts gesagt ist, das ihm ungünstigere Spanische Maaß gemeint sei und er sich dieses gefallen lassen müsse. — Ueberdies aber spricht positiv gegen eine dahin gegangene Meinung der Umstand, daß die Fracht in der zu Liverpool geschlossenen Charter nach liquid tun, einem lediglich Englischen Maaße, bedungen ist.

Keine Beachtung kann es finden, wenn der Beklagte ferner

C. geltend macht, daß der Kläger durch den ihm bewilligten Frachtvorschuß von £ 250 und dessen Havaneser Vertreter bei Berechnung seiner Commission die Fracht höher, als sie jetzt zugestanden werde, veranschlagt hätten. Ersteres ist durchaus nicht zutreffend; denn abgesehen davon, daß der Kläger behauptet, die £ 250 haben zahlen zu müssen, um den Beklagten in den Stand zu setzen, sein Schiff in Belfast von den Ansprüchen seiner Gläubiger zu befreien,

was der Beklagte bei einer anderen Gelegenheit freilich bestritten hat,

Handelsger.-Acten [27] pag. 40, 41,

bildet jene Summe ja auch kaum die Hälfte der Fracht, welche der Kläger dem Beklagten zugesteht, und das diesem Letzteren ungünstige Resultat der Rechnung, wie der Kläger sie aufstellt, und wonach der Beklagte noch etwas herauszuzahlen hätte, beruht nur auf den Ansprüchen, die an den Beklagten wegen der in Havana ihm geleisteten Zahlungen und für ihn gemachten Auslagen zum Gesammtbetrage von über £ 271 erhoben werden.

Handelsger.-Acten [11] und [13].

Was aber das Zweite betrifft, daß der Havaneser Agent des Klägers die Fracht zu Doll. 3000 = £ 676, also fast so hoch veranschlagt hat, wie der Beklagte sie berechnet (£ 695), so ist das allerdings auffallend. Allein eine falsche Auffassung der Charter abseiten dieses Agenten ist nicht geeignet dem Kläger zu präjudiciren. Auch können andere Gründe ihn bestimmt haben, seine Provision so hoch, wie geschehen, zu berechnen.

III. Wenn endlich der Beklagte in letzter Eventualität darauf anträgt, das Handelsgerichts-Erkenntniß wieder herzustellen, so bestehen die Gründe, welche der Beklagte dafür geltend macht, in folgenden dreien:

A. Das Obergericht sei nicht befugt gewesen, über die Frage, ob in diesem Falle nach imperial gallons zu rechnen sei, schon zu entscheiden, da hierüber in erster Instanz noch nicht vollständig verhandelt sei.

Dieser Grund ist unzutreffend. Denn nicht nur war der Beklagte in der Lage über diesen Punkt in erster Instanz sich vollständig erklären zu müssen, da er ja die Basis der klägerischen Rechnung bildete, sondern er hat, was seinen Auslassungen darüber vor dem Handelsgerichte an Vollständigkeit fehlt, in zweiter Instanz in vollem Maße nachgeholt.

B. Der zweite Grund ist, daß das Obergericht über die vom Handelsgerichte noch ausgesetzte Frage, ob die Fracht

nach eingenommenem oder ausgeliefertem Maaße zu berechnen sei, so, wie geschehen, erkannt habe. Er meint nämlich

1) daraus, daß es in der Charter für die Frachtbestimmung beim Zucker heißt: „nett spanish weight delivered,“ und dies „delivered“ beim Rum „per liquid tun“ nicht wiederholt ist, schließen zu dürfen, daß es bei diesem nur auf das eingenommene Maaß ankommen solle. Allein zuvörderst kommt in Betracht, daß nach der Charter die stipulirte Fracht für Rum nach „the same rates“ bezahlt werden soll, wie die für Zucker, also wie bei diesem nach ausgelieferter Maaße. Sodann aber ist hiefür entscheidend nicht nur die Bestimmung der Fracht nach „liquid tuns,“ sondern auch, daß laut der Charter bei der Rückladung zunächst England bedacht ist, in England aber es in der Regel nur auf das ausgelieferte Gewicht und Maaß ankommt:

Abbott, on merchant ships (Ed. 10) p. 312.
Maclachlan, on the law of merchant shipping p. 391-392.

was nach dem vom Kläger in voriger Instanz beigebrachten Atteste Liverpooler Kaufleute und des dortigen Lübeck-Hamburgischen Consuls namentlich dann gilt, wenn die Fracht, wie hier, per liquid tun zu zahlen ist:

O.-Ger.-Acten B. [7]

Wenn ferner

2) vom Beklagten geltend gemacht wird, es sei dadurch, daß in der Recharter die Fracht nach Pipen bedungen sei, dem etwaigen Rechte des Klägers, die in der ersten Charter stipulirte Rumfracht nach ausgeliefertem Maaß zu berechnen, präjudicirt worden, weil dadurch dem Beklagten die Möglichkeit abgeschnitten gewesen sei, das ausgelieferte Maaß zu constatiren, so ist dies gleichfalls unbegründet. Denn da der Beklagte wußte, oder doch jedenfalls wissen mußte, daß nach der für seine Frachtforderung an den Kläger allein normgebenden Liverpooler Charter die Rumfracht sich nicht nach den Gebinden, sondern nach dem Maaß bestimmen werde, so war er hiernach berechtigt und verpflichtet, die nöthigen Schritte wegen Constatirung des ausgelieferten Maaßes zu thun, und da

er dies unterlassen, so ist seine Prätension, daß es jetzt überall nicht mehr auf ausgeliefertes Maaß ankommen könne, gewiß eine unbegründete.

Endlich macht der Beklagte

3) es als ihn beschwerend geltend, daß das Obergericht ausgesprochen, es sei für die nach ausgeliefertem Maaß aufzumachende Frachtrechnung die von Klägern beigebrachte Royer-Note zum Grunde zu legen. Und allerdings ist es bedenklich, mit dem Obergerichte anzunehmen, daß der Beklagte durch sein Verfahren sich dieser, als dem Resultate einer in Hamburg ordnungsmäßigen Ermittelungsweise unterworfen habe, da zu dem Ordnungsmäßigen allerdings die Zuziehung des Beklagten gehört hätte. Allein da das Obergericht nicht nur den Parteien wegen der Reduction der Viertel auf imperial gallons alle Gerechtsame, sondern auch dem Beklagten den Nachweis der Auslieferung eines höheren als des in der Royer-Note aufgeführten Viertelmaaßes ausdrücklich vorbehalten hat, so ist dieser für beschwert nicht zu erachten. Denn obgleich in gegenwärtiger Sache der Befrachter, weil er nach seiner Frachtberechnung noch etwas vom Schiffer zu fordern hatte, als Kläger aufgetreten ist, so liegt doch dem Schiffer der Beweis der von ihm in Anspruch genommenen Fracht ob, und daß sie mehr betrage als auf Grund der Royer-Note vom Kläger nur zugestanden worden; und führt er diesen Beweis nicht, so kann die Folge nur die sein, daß beim Ergebnisse der Royer-Note, obgleich diese an sich nicht gegen ihn beweiset, stehen zu bleiben sein wird.

---

51. Lübeck.

Die provisorischen **Aeltesten der Träger-Corporation** zu Lübeck, Kläger, wider das **Departement der Brand-Assekuranz-Casse** daselbst, als Behörde für die Gassenerleuchtung, Beklagten, die Bearbeitung von Steinkohlen aus den Schiffen in die Lagerräume der Gasanstalt, jetzt Einreden-Beweis betreffend (App. IV.)

1. Es besteht kein Herkommen für die gänzliche Befreiung der Baudeputation von den Gerechtsamen der Träger.

2. Ebenso wenig für die speciell in Beziehung auf die Bearbeitung von für ihren eigenen Gebrauch bestimmten Steinkohlen aus den Schiffen an's Land.

3. Erfordernisse des Beweises eines Herkommens.

Rechtsfall. Seit uralten Zeiten bestehen zu Lübeck für die Bearbeitung von Waaren aller Art, namentlich für den unter diese Benennung ebenfalls begriffenen Transport der zur See und zu Lande ankommenden in die Häuser und Speicher der Empfänger, bestimmte ausschließlich dazu berechtigte verlehnte Arbeiter. Sie hatten sich im Laufe der Zeit in mehrere verschiedene Corporationen getheilt, deren Gerechtsame nicht sowohl durch Gesetz als durch Vergleich und Herkommen, zum Theil seltsam und zweifelhaft, abgegrenzt waren. Durch eine am 1. März 1852 publicirte Verordnung wurden 12 dieser Corporationen unter dem Namen der „Träger," den die meisten derselben, wenn gleich mit gewissen Zusätzen, als z. B. Gemeinträger an der Trave, Gemeinträger am Markte, Bergenträger, Rigaträger u. s. w., schon bisher führten, zu einer einzigen Corporation vereinigt.

Diese Corporation trat am 24. October 1854 gegen die im Rubrum bezeichnete Staatsbehörde mit einer Klage auf, welche sich darauf gründete, daß die von gedachter Behörde

vertretene Gasanstalt die ausschließlichen Arbeitsbefugnisse der Träger dadurch verletzt habe, daß sie in ihre (vor dem Holstenthore, übrigens innerhalb den Wasserbäume belegenen) Lagerräume zwei Ladungen Steinkohlen aus Leichterfahrzeugen durch gewöhnliche Arbeitsleute habe schaffen lassen.

Das beklagte Departement vertheidigte sich gegen diese Klage in doppelter Weise, indem es

1) leugnete, daß das Verbietungsrecht der Träger sich auch auf Bearbeitung zur See ankommender Waaren in außerhalb der Thorzingel belegene Lagerräume erstrecke, und

2) als Einrede geltend machte, daß kraft eines Rath- und Bürgerschlusses vom 20. Februar 1854 der Gasanstalt für den Bau und Betrieb alle Rechte der Baudeputation verliehen seien, zu diesen Rechten der Baudeputation aber auch gehöre, daß sie an die Gerechtsame der Träger, namentlich auch in Betreff der Bearbeitung von Steinkohlen nicht gebunden sei, welches Rechts diese Deputation sich dann auch in den letzten Jahren bei den Arbeiten der Travencorrection in umfänglichstem Maße bedient habe.

Nach langen Verhandlungen, wodurch die Sache auch an die höchste Instanz gelangte, kam es dahin, daß rechtskräftig

1) den Klägern der Beweis auferlegt ward:

daß ihrer Corporation das Recht zustehe, die Bearbeitung in Schiffen ankommender Güter, namentlich Steinkohlen, in außerhalb der Thorzingel belegene Räume unverlehnten Arbeitern entweder überhaupt oder doch wenigstens dann zu untersagen, wenn solche Räume innerhalb der beiden Wasserbäume liegen;

2) dem beklagten Departement dagegen der Beweis seiner Einrede dahin:

daß die Baudeputation an die Gerechtsame der Träger entweder überhaupt oder doch bei Bearbeitung von Steinkohlen insbesondere, nicht gebunden sei.

Der zunächst nun angetretene Beweis der Kläger ward durch ein Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom

16. Februar 1860 für mindestens bis zum Erfüllungseide geführt erklärt.

Hierauf trat die beklagte Behörde ihren Einrede-Beweis an, und zwar sowohl den allgemeinen als auch den speciellen sich auf Steinkohlen beziehenden, richtete denselben aber nur auf den Nachweis eines bestehenden Herkommens. Es ward aber vom Wettegerichte unterm 1. December 1863 dieser Beweis für verfehlt und das beklagte Departement schuldig erkannt sich darüber zu erklären, ob und in welcher Maße es von der reservirten Eidesdelation Gebrauch machen wolle, und dieses Erkenntniß ist sowohl in zweiter Instanz als auch unterm 13. Juli 1865 vom O.-A.-Gerichte bestätigt worden, und zwar von letzterem aus folgenden Gründen:

Entscheidungsgründe.

Nachdem der den Klägern auferlegte Beweis:

„daß ihnen das Recht zustehe, die Bearbeitung zu Schiffe ankommender Güter namentlich Steinkohlen in außerhalb der Thorzingel belegene Räume unverlehnten Arbeitern entweder überhaupt oder doch wenigstens dann zu untersagen, wenn solche Räume innerhalb der beiden Wasserbäume liegen,"

vom Ober-Appell.-Gerichte für mindestens bis zum Erfüllungseide erbracht erklärt, in seinem Erkenntnisse vom 16. Febr. 1860 aber dem Beklagten vorab die Antretung nicht nur des directen Gegenbeweises, sondern auch seines Einredebeweises auferlegt worden war, hat der Beklagte auf den directen Gegenbeweis als nach den Ausführungen des Ober-Appell.-Gerichts voraussichtlich erfolglos verzichtet.

Acten des Wettegerichts [17]

Dagegen hat derselbe den ihm auferlegten Einredebeweis, dahin gehend:

„daß die Baudeputation an die Gerechtsame der Träger entweder überhaupt, oder doch bei Bearbeitung der für den eigenen Gebrauch der Deputation bestimmten Steinkohlen insbesondere nicht gebunden sei,"

angetreten durch den Beweis eines Herkommens.

Daß nun durch Herkommen nicht bloß die Grenze der Befugnisse concurrirender Arbeiter-Corporationen, sondern auch die Befreiung von dem Verbietungsrechte einer Corporation begründet werden kann, und insofern der darauf gerichtete Beweis ein zulässiger ist, hat das Ober-Appell.-Gericht bereits früher anerkannt:

. Amt der Kerzengießer c. Luger, 12. November 1831.

Es mußte aber dieser Beweis in dem gegenwärtigen Falle mit den vorigen Richtern für verfehlt erachtet werden.

Der Beklagte hat nämlich

I. die erste allgemeine Beweisalternative angetreten lediglich durch Berufung auf das in einem producirten Rathsdecrete vom 19. Januar 1753

Ebendas. [17] Anl. 20.

enthaltene Zeugniß des Raths.

A. Ob dieses Zeugniß für die Berechtigung der Baudeputation in Beziehung auf die Träger noch geltend gemacht werden kann, nachdem diesen gegenüber das von den Klägern beigebrachte rechtskräftige Obergerichts-Erkenntniß vom 9. März 1843 es für unbeweisend erklärt und der Baudeputation den anderweitig zu führenden Beweis auferlegt hat, daß sie dem Verbietungsrechte der Träger nicht unterworfen sei,

Ebendas. [19] Anl. 74.

kann füglich dahin gestellt bleiben, indem

B. dem in diesem Erkenntnisse enthaltenen Ausspruche durchaus beizupflichten war. Denn, wie das Ober-Appell.-Gericht bei einer anderen Gelegenheit bereits ausgeführt hat, ist das gedachte auf Supplication des Maureramts ergangene Rathsdecret, in welchem es heißt:

„daß, da der Bauhof es hergebracht und die Gerechtigkeit besitzet, allerhand Arbeitsleute, so keine hiesige Amtsgenossen seien, anzunehmen, der supplicantische Widerspruch nicht Statt habe, sondern vielmehr den Herren des Bauhofes frei bleibe, des Publici Vortheil auf alle Weise zu suchen und zu fördern,"

veranlaßt worden durch eine Beschwerde des Maureramts darüber, daß beim Bauhofe Maurergesellen angestellt seien, und daher das, was allein hier als herkömmliche Gerechtigkeit des Bauhofes bezeugt wird, „allerhand Arbeitsleute anzunehmen, so keine hiesige Amtsgenossen," nur dahin zu verstehen, daß es dem Bauhofe herkömmlich freistehe, solche Handwerksgesellen, die nicht bei einem hiesigen Amte eingeschrieben sind, als s. g. Bauhofsarbeiter in seinen Dienst zu nehmen, und zwar, wie sich aus der im Jahre 1776 revidirten Bauhofsordnung näher ergiebt, als Arbeiter für die betreffenden Arbeiten fest anzustellen, keineswegs aber dahin, daß der Bauhof die Freiheit habe, einzelne Arbeiten beliebig durch Pfuscher anfertigen zu lassen.

Bruhn, Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appell.-Gerichts, I. S. 353 ff.

Hat nun aber das im Rathsdecrete bezeugte Herkommen selbst in Beziehung auf die Handwerker-Zünfte nur diesen beschränkten Sinn, so ist dieses Decret um so ungeeigneter das Herkommen zu erweisen, daß der Bauhof dem Verbietungsrechte der verlehnten Träger überall nicht unterworfen sei, als Privilegien bekanntlich einer stricten Auslegung unterliegen.

II. Anlangend die zweite, speciell auf die Bearbeitung von Steinkohlen gerichtete Beweisalternative, so hatte der Beklagte in seiner Vernehmlassung auf die Klage als Beweis für die von ihm als Einrede vorgeschützte gänzliche Befreiung der Baudeputation von dem Verbietungsrechte der Träger sich darauf berufen, daß die Baudeputation dieser gänzlichen Freiheit sich unlängst bei den Arbeiten der Travencorrection in umfänglichster Maaße bedient habe. Wenn nun der Beklagte den speciellen Beweis des von ihm behaupteten Herkommens in Beziehung auf die Bearbeitung von Steinkohlen lediglich auf die Vorgänge bei jenem außerordentlichen Unternehmen der Travencorrection gerichtet hat, ohne auch nur einen einzigen Fall in die Beweisantretung hineinzuziehen, in welchem früher die Baudeputation beim Transport

von Steinkohlen sich Unverlehnter bedient habe, was, wären solche Fälle vorgekommen, ohne Zweifel leicht möglich gewesen sein würde; wenn mithin, nachdem der Beweis einer herkömmlichen allgemeinen Exemtion von dem Verbietungsrechte der Träger nach dem Obigen als gänzlich verfehlt hat verworfen werden müssen, es sich nunmehr fragt, ob lediglich die Vorgänge bei dieser Travencorrection das behauptete Herkommen zu begründen vermögen, so kommt für die Verneinung dieser Frage Folgendes in Betracht.

A. Es handelt sich in der gegenwärtigen Sache einzig und allein von dem ausschließlichen Rechte der Kläger, die zu Schiff ankommenden Steinkohlen aus dem Schiffe oder aus Leichterfahrzeugen an's Land zu arbeiten. Nur auf dieses Recht ist die Klage ausdrücklich gegründet und beschränkt, nur auf dieses Recht, insoweit die Kläger behaupteten, daß es ihnen auch außerhalb der Thorzingel zustehe, ist der ihnen auferlegte Beweis ihres Verbietungsrechtes gerichtet worden. Soll dieser vom Ober-Appell.-Gerichte für mindestens bis zum Erfüllungseide geführt erklärte Beweis durch den jetzt fraglichen Einreden-Beweis eines Herkommens für elidirt erachtet werden, so kann es dazu nicht dienen, wenn etwa ein Herkommen für erwiesen erachtet werden möchte, wonach die Baudeputation ihre Steinkohlen von ihren Lagerplätzen in ihre Dampfbagger oder andere Fahrzeuge durch Unverlehnte bearbeiten lassen dürfe. Es brauchten daher die in die Beweisantretung hineingezogenen vielen Fälle dieser Art für den Beweis einer herkömmlichen Befreiung von dem, wie gesagt, in concreto allein streitigen Rechte um so weniger in Betracht gezogen zu werden, als die Kläger im Beweisverfahren ausdrücklich erklärt haben, ein Verbietungsrecht auf die Bearbeitung von Steinkohlen vom Lande in die Schiffe überall nicht in Anspruch nehmen zu wollen. Mit Unrecht nämlich berufen sich die vorigen Richter mit dem Beklagten darauf, daß die Kläger ihrerseits den ihnen auferlegten Beweis, daß das von ihnen in Anspruch genommene Recht durch die Thorzingel

nicht begrenzt sei, auch auf Fälle erstreckt haben, wo früher selbst das Recht von ihnen ausgeübt worden ist, welches jetzt nicht in Frage steht. Denn, wie auch vom Ober-Appell.-Gerichte zu seinem Erkenntnisse vom 16. Februar 1860 anerkannt ist, konnte ihnen selbstverständlich die Befugniß nicht abgeschnitten werden, ihren Beweis auf ein noch weitergehendes Recht, als das in concreto behauptete, zu richten, da jenes, als das majus, einen sicheren Schluß auf dieses, als das minus, gestattete, während umgekehrt eine vom Beklagten etwa erwiesene herkömmliche Befreiung von diesem größeren Rechte der Kläger durchaus keinen Schluß auf die Befreiung von dem geringeren, allein in litem deducirten zuläßt.

Sonach kommt es nur darauf an, was in Betreff der Bearbeitung von Steinkohlen aus Schiffen an's Land vom Beklagten erwiesen ist.

Ferner

B. ist der Beweis des Beklagten zwar auch auf Vorgänge bei der Herrenfähre erstreckt worden. Allein, selbst wenn über diese Vorgänge etwas Relevantes erbracht wäre, würde es deshalb nicht in Betracht kommen können, weil die Herrenfähre außerhalb der Landwehr liegt, und die Kläger ihr Verbietungsrecht positiv nur für diese in Anspruch genommen haben. Es ist aber auch Relevantes nicht erbracht, indem zwar nachgewiesen worden, daß aus einem Seeschiffe in Travemünde zwei Ballastböte Kohlen bis zur Herrenfähre gebracht haben,

Wette-Acten Anl. 73 ad [17]

darüber hingegen, ob und durch wen die Kohlen dort gelöscht sind, weder eine Rechnung beigebracht ist, noch auch die darüber vernommenen Zeugen irgend etwas haben aussagen können.

Ebendas. Anl. (A.) zu [38] ad art. prob. 58—62.

Anlangend aber

C. den Beweis, soweit er auf Vorgänge der sub A. gedachten Art im Lübecker Hafen und bei der Treibelhütte gerichtet ist, so waren diese Vorgänge zwar

1) sämmtlich für genügend erwiesen anzunehmen. (Hier folgt die nähere Ausführung.)

Auch hat es

2) den solchergestalt erwiesenen Vorgängen an derjenigen Offenkundigkeit, welche allerdings erforderlich ist, um aus ihnen ein Herkommen folgern zu können:

Entscheidungen des Ober.-Appell.-Gerichts in Sachen der Hopfenpacker c. die Gemeinträger vom 21. März 1829,
des Amts der Tischler c. den Schiffszimmermeister Meyer vom 31. Januar 1849,

nicht gefehlt. Denn da die Kläger ihr Verbietungsrecht auch für das ganze Stadtgebiet innerhalb der Landwehr in Anspruch nehmen, so genügt es, auch abgesehen von den Vorgängen im Lübecker Hafen, daß die Zuziehung Unverlehnter bei Bearbeitungen von Steinkohlen bei der Treidelhütte ganz offen am Tage stattgefunden hat, ohne daß der Nachweis erforderlich ist, die Kläger hätten von jedem einzelnen Falle so zeitig Kenntniß erhalten, um ihren etwaigen Widerspruch geltend machen zu können.

Dagegen konnte

3) weder die Zahl der Vorgänge, noch der Zeitraum, in welchem sie stattgefunden haben, namentlich unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles, zum Beweise eines Herkommens für genügend erachtet werden. Denn

a) es liegen als bewiesen nur acht einzelne Fälle vor, in denen die Baudeputation sich, wenn auch theilweise während mehrerer Tage, Unverlehnter bedient hat, und diese Vorgänge fallen in einen Zeitraum vom März 1851 bis zum Januar 1853, also von nicht einmal zwei vollen Jahren. Zwar lassen sich Fälle denken, wo die einzelnen Handlungen von der Beschaffenheit sind, daß, wenn auch nicht mehrere, als in concreto, vorliegen, aus ihnen ein Herkommen gefolgert werden kann, ohne daß es auf einen besonders langen Zeitraum der Uebung des streitigen Rechtes ankommt. Ein solcher Fall lag der Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts zum Grunde, auf welche der Beklagte sich beruft. Es handelte

sich damals davon, ob zu gewissen Tischlerarbeiten in Schiffen die Schiffstischler verwendet werden dürften. Die Tischler bestritten dies, indem sie für ihr behauptetes ausschließliches Recht ein Herkommen geltend machten und den Beweis dieses Herkommens unter andern durch Zeugen antraten, welche aussagen sollten, daß die Schiffsbaumeister selbst bei acht Schiffen zu den streitigen Arbeiten sich nicht ihrer Schiffstischler, sondern ausschließlich der Mitglieder des klagenden Tischleramts bedient hätten. Hier sprach sich das Ober-Appell.-Gericht zur Widerlegung des erhobenen Einwandes — die Fälle umfaßten einen zu kurzen Zeitraum — dahin aus, daß hier, wo die eine Zunft gewisse Arbeiten selbst durch Mitglieder der anderen solle haben verrichten lassen, diese Handlungen von der Art seien, daß es dabei weniger auf die Länge der Zeit, als auf die Concludenz der Handlungen ankomme u. s. w.

Bruhn, Sammlung von Entscheidungen des Ober-Appell.-Gerichts in Lübecker Rechtssachen, II. S. 511 ff.

Ganz anders liegt die Sache im vorliegenden Falle, wo nicht die Abgrenzung der Berechtigungen concurrirender Arbeitscorporationen, sondern die Einrede der Befreiung von dem ausgemachten Verbietungsrechte einer Corporation durch ein angebliches Herkommen in Frage steht, und wo daher die auch vom Ober-Appell.-Gerichte wiederholt anerkannte Regel eintritt, daß die Uebung des Rechtes, worauf das Herkommen gegründet wird, wie schon der Ausdruck „Herkommen" zeigt, verhältnißmäßig längere Zeit hindurch stattgefunden haben muß.

Dazu kommt aber noch

b) daß alle erwiesenen acht Vorgänge eingetreten sind in Veranlassung des Einen außerordentlichen Unternehmens der Travencorrection, und zwar sämmtlich, bis auf zwei, bei der ziemlich fernab von der Stadt belegenen Treidelhütte. Denn sehr wohl läßt es sich denken, daß es den Trägern, welche zunächst Hülfsarbeiter des Kaufmanns im Hafen sind und hier ihre gesetzlich geregelte Pflicht zu erfüllen haben, namentlich wenn genügend beschäftigt, nicht convenirt haben

kann, sich zu allen jenen entfernten Arbeiten einzufinden und zu melden. Daß sie es nicht unterlassen in der Meinung kein Recht darauf zu haben oder ein solches aufgeben zu wollen, beweiset überdies der Vorgang bei der Löschung der Steinkohlen aus dem Schiffe „Speculation," wo sie dieses Recht bestimmt in Anspruch genommen haben, wenngleich in Folge der durch den Baudirector Müller erfolgten Zurückweisung davon abgestanden sind. Denn mit Unrecht folgert der Beklagte daraus, daß die Träger damals der Drohung des Baudirectors gewichen sind, ohne auch nur später deshalb Klage zu erheben, eine Anerkennung des Rechts der Baudeputation, indem sie immerhin glauben konnten, durch die einmalige außergerichtliche Geltendmachung ihres Anspruchs die Rechte ihrer Corporation genügend gewahrt zu haben.

Frankfurt. 52.

Louis Kappe zu Frankfurt, Kläger, wider **Friedrich Jacob Pillot** zu London, Beklagten, Forderung jetzt geführten Beweis betreffend.

1) Die exceptio senatusconsulti Macedoniani wird durch ein späteres Zahlungsversprechen des Schuldners nur beseitigt, wenn es zu einer Zeit gegeben wurde, wo derselbe von der väterlichen Gewalt befreit war.

2) Die Großjährigkeit bewirkt für sich allein auch in Frankfurt keine Befreiung von der väterlichen Gewalt.

3) Wenn man die Ansicht befolgt, daß der Haussohn durch separata oeconomia auch dann, wenn dieselbe mit dem Eintritt in fremde Dienste (als Handlungsgehülfe, Dienstbote u. s. w.) verbunden ist, von der väterlichen Gewalt befreit werde, so wird doch in jedem Falle vorausgesetzt, daß die Uebernahme des fremden Dienstes nicht etwa bloß ein vorübergehender Versuch eigner Ernährung sei, und daß der Sohn in demselben entweder seinen Unterhalt allein bestreite

oder wenigstens soviel verdiene, daß etwanige Zuschüsse des Vaters nicht mehr als unerläßliche Bedingung seiner Existenz anzusehen sind.

Rechtsfall. Die Klage ging auf Berichtigung mehrerer Darlehnsschulden, welche der Beklagte im Jahre 1845 als 20jähriger Handlungslehrling zu Frankfurt contrahirt, und deren Zahlung er nach erreichter Großjährigkeit wiederholt versprochen habe. Gegen die vorgeschützte exceptio sclti Macedoniani wurde unter andern replicirt, der Beklagte habe im Jahre 1845 eine selbstständige Stellung als Commis gehabt. Das Stadtgericht legte unter dem 22. August 1862 dem Kläger den Beweis auf:

> daß Beklagter, nachdem er großjährig und selbstständig geworden, seine aus den verschiedenen Darlehnen und Vorschüssen des Klägers entstandene Schuld im Betrage von 1200 fl. sammt Zinsen zu 5 % anerkannt und deren Zahlung versprochen habe.

Auf Appellation des Beklagten wurde in zweiter Instanz unter dem 3. December 1862 der Kläger mit einem Betrag von 144 fl. abgewiesen, was in vorstehendem Beweissatze die entsprechende Reduction der Summe auf 1086 fl. zur Folge hatte. Der Kläger suchte hierauf seinen Beweis theils durch einige Briefe des Beklagten, theils durch Zeugen, eventuell durch Eidesdelation zu führen. Am Schluß des Beweisverfahrens nahm

1) das Stadtgericht

in seinem Erkenntniß vom 26. October 1863 das ursprüngliche Schuldverhältniß, so wie ein später vom Beklagten bezüglich der Capitalsumme ertheiltes Zahlungsversprechen, als bis zum Erfüllungseide erwiesen an, und erklärte dann ferner: die Großjährigkeit des Beklagten zur Zeit dieses Zahlungsversprechens sei freilich außer Zweifel gestellt. Dagegen sei die weitere entscheidende Thatsache, daß Beklagter zu der angegebenen Zeit bereits selbstständig gewesen sei, bei der gänzlichen Irrelevanz des dafür in Bezug genommenen Briefes [21]

und der Unfähigkeit der Zeugen, in dieser Beziehung irgend welche Angaben zu machen, ohne allen Beweis geblieben, und deshalb lediglich auf den dem Beklagten hierüber deferirten Schiedseid zu erkennen, rücksichtlich dessen Annahme Beklagter sich zwar noch nicht mit Bestimmtheit erklärt habe, zu dessen Ausschwörung derselbe jedoch schlechthin und ohne daß ihm die Zurückschiebung freistände, verbunden sei, da es sich dabei um einen ihn selber betreffenden Thatumstand handle, über welchen er somit de veritate schwören könne und müsse.

Die vom Kläger hiegegen ergriffene Appellation wurde

2) durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 1. Februar 1864

als unbegründet verworfen. Den Gründen des Stadtgerichts wurde hier nur noch hinzugefügt: aus dem Umstand allein, daß Beklagter vor der Anerkennung seiner Schuld bereits eine Zeit lang als Commis in England beschäftigt gewesen sei, könne noch nicht gefolgert werden, daß derselbe durch einen genügenden eignen Erwerb sich eine von seinem Vater unabhängige Stellung erworben gehabt habe.

Auf weitere Appellation des Klägers erging

3) Ober-Appellationsgerichtliches Urtheil vom 13. Juli 1865, welches gleichfalls bestätigend lautete.

Entscheidungsgründe.

In der Hauptsache hat der Kläger im gegenwärtigen Grav. I. seine beiden Beschwerden voriger Instanz wiederholt, welche dahin gehen, daß der Beklagte zu dem (eventuell deferirten) Eide sub II. A des Stadtgerichtserkenntnisses:

daß er damals, als er seine Schuld anerkannt und deren Zahlung dem Kläger versprochen, noch nicht selbstständig, von seinem Vater unabhängig gewesen sei,

zugelassen, und für den Fall der Ableistung desselben die Klage abgewiesen worden sei.

Wenn der Kläger diese Beschwerde zunächst

I. deshalb für gerechtfertigt hält, weil nach dem Sinn der in den Erkenntnissen des Stadtgerichts vom 22. August

1862 und des Appellationsgerichts vom 3. December 1862 normirten Beweisauflage die Selbstständigkeit des Beklagten, seine Entlassung aus der väterlichen Gewalt, als besonders zu der Großjährigkeit hinzukommendes Erforderniß für die Gültigkeit des geleisteten Zahlungsversprechens nicht angesehen werden könne, so ist dies offenbar ohne Grund.

Der Beklagte hat der Klage die exceptio senatusconsulti Macedoniani entgegengesetzt. Das Stadtgericht hat dieselbe in dem erwähnten Erkenntniß ausdrücklich für liquid angenommen und nur für den Fall als beseitigt erklärt, wenn der Kläger beweisen würde, daß der Beklagte nach erlangter Großjährigkeit und Selbstständigkeit seine Schuld anerkannt und zu bezahlen versprochen habe. Ein Schuldanerkenntniß und Zahlungsversprechen ist aber zur Beseitigung der Einrede, vermöge ihrer rechtlichen Natur, und wie durch

l. 2. C. h. t. (4, 28)

bestätigt wird, nur dann geeignet, wenn es zu einer Zeit gegeben wurde, wo der Schuldner von der väterlichen Gewalt befreit war; und die Großjährigkeit für sich allein bewirkt noch keine Befreiung von der väterlichen Gewalt, weder nach gemeinem Recht, noch nach Frankfurter Recht, wie dies unter andern vom Ober-Appell.-Gericht in der Frankfurter Sache

Raunheim c. Oppenheim, 1829,

erkannt worden ist. Völlig unpassend beruft sich der Kläger auf das Präjudicat

Kappe c. du Fay, Januar 1853,

indem dasselbe gar nicht die Darlehnsschuld eines Haussohnes, sondern die eines bevormundeten Minderjährigen betrifft. Selbst wenn daher die erwähnten beiden Erkenntnisse über den Sinn der Worte „großjährig und selbstständig" zu einem Zweifel Anlaß gäben, so würden sie doch ex jure interpretirt und von Entlassung des Beklagten aus der väterlichen Gewalt neben der Großjährigkeit verstanden werden müssen. In der That ist aber auch ein solcher Zweifel nicht begründet. (Es folgt eine nähere Ausführung über den Sinn des stadtgerichtlichen Beweisinterlocutes vom 22. August 1862

und des damaligen Erkenntnisses zweiter Instanz vom 3. December 1862.)

II Der Kläger meint eventuell, daß der Beweis der Selbstständigkeit des Beklagten zur Zeit des geleisteten Zahlungsversprechens schon auf Grund des Acteninhalts erster Instanz mindestens bis zum Erfüllungseide für geführt erachtet werden müsse. Auch diese Behauptung stellt sich jedoch als unbegründet dar.

Es handelt sich nach dem insoweit unangefochten gebliebenen Stadtgerichtserkenntniß vom 26. October 1863 um ein Zahlungsversprechen, welches der Beklagte zufolge der Aussagen der Zeugen Bischoff und Schwalb einige Jahre nach der in das Jahr 1845 fallenden Contrahirung der ursprünglichen Schuld, also etwa 1847 oder 1848, dem Kläger ertheilt haben soll. Der Kläger meint, es liege in dem geführten Beweise Hinreichendes dafür vor, daß der Beklagte zu dieser Zeit durch getrennten Haushalt aus der väterlichen Gewalt ausgetreten gewesen sei, und macht in dieser Beziehung geltend, Beklagter habe, nachdem er bis zum 23. August 1845 seine Lehrzeit vollendet, das elterliche Haus verlassen, sei nach England, eine Zeitlang nach Trinidad und dann wieder nach England gegangen und da bis jetzt geblieben; er sei sonach nicht nur in der Lage gewesen, als Commis Geld zu verdienen, sondern habe in England auch eine selbstständige Stellung gehabt und selbstständig Geld verdient. Daß der Beklagte nach beendigter Lehrzeit im Herbst 1845 nach England ging, und da mit einigen Unterbrechungen bis jetzt geblieben ist, steht fest, und daß er daselbst zu der fraglichen Zeit die Stellung als Handlungsgehülfe gehabt hat, bestreitet der Beklagte nicht, während andererseits der Kläger eine selbstständige kaufmännische Etablirung oder sonstige selbstständige Lebensstellung des Beklagten nirgends behauptet hat. Es könnte hiernach

1) schon die Frage entstehen, ob die Behauptung des Klägers überhaupt relevant sei.

In der gemeinrechtlichen Doctrin war früher die Ansicht die herrschende, daß der Eintritt eines Haussohnes in fremde Dienste als Dienstbote, Handwerksgeselle, Handlungsgehülfe u. s. w., auch wenn er mit dem Verlassen des elterlichen Hauses verbunden sei und dem Sohne seinen eignen Lebensunterhalt gewähre, als eine von der väterlichen Gewalt befreiende separata oeconomia nicht gelten könne.

Vergl. Carpzov, jurispr. for. P. II. c. 10. def. 7.
Wernher, observ. P. I. obs. 9.
Stryk, usus mod. L. I. t. 7. § 19.
Hommel, rhaps. Vol. I. obs. 162.
Berger, oecon. for. Lib. I. Tit. III. th. 16.
Glück, Comment. Bd. 2. S. 441.

In neuerer Zeit hat man sich ziemlich allgemein für die entgegengesetzte Ansicht erklärt, vorausgesetzt, daß die Uebernahme eines fremden Dienstes sich nicht etwa den Umständen nach bloß als ein vorübergehender Versuch eigner Ernährung darstelle.

Weiske, Abhandl. aus dem Gebiet des deutsch. Rechts (1830) S. 45 ff.
Kraut, die Vormundschaft. Bd. 2. S. 648. 657.
Gerber, deutsch. Privatr. (ed. 8) § 242. Not. 5.
Beseler, deutsch. Privatr. Bd. 2. S. 398.
Bluntschli, deutsch. Privatr. § 176 n. 3 (ed. 3 § 222).
Heimbach, in Weiske's Rechtslex. Bd. 12. S. 77 f.

Soviel diese neuere Ansicht nach gemeinem Recht für sich hat, da das Wesen der sogenannten stillschweigenden Emancipation nicht in irgend welchen äußeren Zeichen einer mehr oder weniger selbstständigen Berufs- und Lebensstellung, sondern lediglich in einem getrennten Vermögensstand gefunden werden kann, so erscheint es doch sehr zweifelhaft, ob die Vorschrift der Frankfurter Reform. Th. II. Tit. 1 § 9 damit in Einklang zu bringen und nicht vielmehr aus der strengeren Doctrin der früheren Zeit zu erklären sei.

Indessen darf dieser Zweifel hier unentschieden bleiben. Der Kläger hatte im ersten Verfahren sich replicando darauf berufen, der Beklagte habe im Jahre 1845 „eine selbstständige

Stellung als Commis" gehabt, eine andere Art der Entlassung desselben aus der väterlichen Gewalt aber gar nicht behauptet. Wenn das Stadtgericht daher in seinem Erkenntniß vom 22. August 1862 den Kläger zu dem Beweise zuließ, daß Beklagter, nachdem er großjährig und selbstständig geworden, seine Schuld anerkannt habe, so kann man nicht wohl anders annehmen, als daß damit die obige Streitfrage zu Gunsten des Klägers rechtskräftig entschieden sei, und die Stelle der stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe, wo bei Besprechung der ursprünglichen Schuld die erwähnte replicarische Behauptung für unerheblich erklärt wird, nur soviel habe sagen sollen, daß die Bekleidung einer selbstständigen Commisstelle für sich allein noch nicht genüge, um eine separata oeconomia zu constatiren.

Jedenfalls ist

2) auch wenn man mit Rücksicht auf die bemerkte Sachlage oder aus materieller Erwägung die mildere Meinung zu Grunde legt, auch ferner mit den meisten der angeführten neueren Schriftsteller davon ausgeht, daß die Befreiung von der väterlichen Gewalt durch einzelne Zuschüsse des Vaters nicht gehindert werde, sobald der Sohn im Wesentlichen seine pecuniaire Stellung selbst sicher gestellt hat, der vom Kläger unternommene Beweis doch ein völlig ungenügender geblieben. Aufgabe desselben wäre es gewesen darzuthun, daß der Beklagte in den Jahren 1847 und 1848 als Commis in England angestellt, nicht etwa bloß vorübergehend zu seiner ferneren Ausbildung beschäftigt gewesen sei, und dabei entweder seinen Unterhalt allein bestritten oder wenigstens soviel verdient habe, daß etwaige Zuschüsse des Vaters nicht mehr als unerläßliche Bedingung seiner Existenz anzusehen waren. Statt dessen hat schon die Beweisantretung nur die ganz unbestimmte Behauptung aufgestellt, Beklagter habe in London, insbesondere in der Zeit seiner Großjährigkeit, „eine selbstständige Stellung und einen eigenthümlichen Verdienst" für sich gehabt. Diese Unbestimmtheit würde unschädlich gewesen sein, wenn die vernommenen Zeugen nähere, eine

pecuniäre Stellung jener Art bestätigende Umstände angegeben hätten. Die Zeugen haben aber über die Verhältnisse des Beklagten in England überhaupt nichts auszusagen vermocht. Was der Kläger gegenwärtig geltend macht, beschränkt sich daher auf die producirten Briefe und auf Zugeständnisse des Beklagten.

a) und b) (Hier werden zwei Briefe des Beklagten als unerheblich und die Behauptung eines fingirten Zugeständnisses desselben als unbegründet dargelegt.)

c) Etwas mehr Anschein hat es, wenn der Kläger endlich auf die positiven Angaben des Beklagten in der Erklärungsschrift vom 4. Juli 1863 als Zugeständniß Bezug nimmt. Der Beklagte bemerkte hier, der geringe Gehalt, welchen er, nachdem er einige Zeit in London gewesen, zuerst als Volontär erhalten, habe zu seinem Unterhalt nicht ausgereicht und beständige Zuschüsse aus dem väterlichen Hause nothwendig gemacht; Beklagter habe während der Lebensdauer seines Vaters in London keine selbstständige Stellung, noch einen zu seinem Unterhalt ausreichenden eigenthümlichen Verdienst gehabt, weder während seiner Minderjährigkeit, noch in und nach dem Jahre 1848. Beklagter gesteht also allerdings zu, einige Zeit nach Beginn seines Londoner Aufenthalts eignen Verdienst gehabt, Gehalt bezogen zu haben, nur daß dieser Erwerb zu seinem Unterhalte nicht ausgereicht haben soll. Allein gerade über den wesentlichsten Punkt, ob der eigne Erwerb des Beklagten bedeutend genug war, um ihm wenigstens überwiegend seinen Unterhalt zu gewähren, und die Zuschüsse des Vaters nur als eine äußersten Falls entbehrliche Erleichterung erscheinen zu lassen, fehlt es an jeder Angabe, und es war auch nicht Sache des Beklagten, sondern des Klägers, darüber nähere Aufklärung zu geben. Es kommt überdies hinzu, daß der Beklagte seine Erklärung damit einleitet, er sei von seinem Vater nach England geschickt worden, um sich als Kaufmann weiter auszubilden und das Geschäft daselbst kennen zu lernen, und er habe zuerst als Volontär einen geringen Gehalt bezogen. Das deutet dar-

auf hin, daß Beklagter sich nach der Bestimmung seines Vaters in der ersten Zeit des Londoner Aufenthalts nur einer weiteren Vorbereitung für seinen kaufmännischen Beruf unterzogen habe, und es kann daher noch nicht für zugestanden erachtet werden, daß zu jener Zeit schon die feste Gründung einer unabhängigen pecuniairen Existenz des Beklagten beabsichtigt gewesen sei.

III. Es kommt hiernach nur noch darauf an, ob das vom Kläger in jetziger Instanz geltend gemachte novum ein anderes Resultat rechtfertige. Dasselbe besteht in einer Erklärung, welche der Vater des jetzigen Beklagten in einem im Jahre 1850 beim Stadtgericht zu Frankfurt gegen ihn anhängigen Processe, worin er von einem gewissen Gerold wegen einer an den jetzigen Beklagten ausgezahlten Geldsumme in Anspruch genommen wurde, abgegeben haben soll, nach Angabe des jetzigen Klägers dahin lautend: „sein Sohn (der Beklagte) habe schon im Jahre 1847, als er auf Trinidad bei fremden Leuten im Geschäft als Commis war, für sein Fortkommen zu sorgen gehabt und sei auf dasjenige angewiesen, was er sich selbst verdiene."

Die Frage von der formellen Zulässigkeit dieses neuen Vorbringens erledigt sich dadurch, daß der Beklagte in der Vernehmlassung ausdrücklich erklärt hat, er habe gegen die Requisition der betreffenden Proceßacten und die Berücksichtigung (des neuen Vorbringens) nichts zu erinnern; wie er sich denn auch seinerseits auf das in dem fraglichen Proceß ergangene Urtheil des O.-A.-Gerichtes vom 1. December 1851 bezogen hat.

Dagegen konnte das novum, wie es angebracht worden, materiell nicht für erheblich erachtet werden. Allerdings würden Aeußerungen des Vaters über die selbstständige Stellung seines Sohnes, wenn sie gegen den Sohn selbst oder gegen Dritte unter Umständen gethan wurden, wo der Vater kein Interesse an einer unrichtigen Darstellung haben oder sogar Nachtheile aus seiner Aeußerung erwarten konnte, ein wohl zu beachtendes Beweismoment abgeben können, wenn auch

nur als Indicien für eine richterliche Schlußfolgerung. Allein der Kläger führt selbst an, daß der Vater des Beklagten die fragliche Aeußerung in den Acten eines Processes gethan habe, welchen Gerold gegen ihn „wegen einer Forderung für an den Beklagten ausgezahltes Geld" geführt habe. Pillot sen. gab sonach eine Erklärung als Proceßgegner ab, und bei einer solchen kommt es ganz auf die Umstände, wodurch sie veranlaßt wurde, an, ob sie den Charakter einer unbefangenen Aeußerung, eines Geständnisses oder einer zum Vortheil des Erklärenden selbst aufgestellten Behauptung an sich trage, in welchem letzten Falle sie natürlich Dritten gegenüber völlig werthlos erscheint. Da nun einerseits sich schon aus dem angeführten Erkenntniß des O.-A.-Gerichtes vom 1. December 1851 (p. 16 f. der Entscheidungsgründe) entnehmen läßt, daß die fragliche Erklärung von Pillot sen. als ein Vertheidigungsmoment vorgebracht wurde, welches sein damaliger Proceßgegner überdies in Abrede stellte, und da andererseits der jetzige Kläger in seinem Libell keinerlei Angabe gemacht hat, welche darauf führen könnte, daß der Erklärung eine andere Bedeutung beizulegen sei, während es seine Sache gewesen wäre, aus den von ihm eingesehenen Proceßacten die zur Beurtheilung der Relevanz erforderlichen Umstände anzuführen, so stellte sich das neue Vorbringen als ungeeignet dar, an dem Beweis-Resultat etwas zu ändern, und war deshalb auf die Bitte um Einziehung der betreffenden Acten nicht einzugehen.

Bremen. 53.

Arend Bischoff zu Ganspe, Kläger, wider **Wilhelm Wolff** in Firma **Wilhelm Wolff & Co.** zu Bremen, Beklagten, Forderung betreffend.

---

1) Die Einrede der s. g. Conventionalverjährung ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen.

2) Bedeutung der Rückgabe des Lotterielooses, auf welches ein Gewinn gefallen, durch den Spieler.

3) Zur Interpretation des § 14 des Plans der Braunschweigschen Landeslotterien:

„Alle — — Loose einer jeden Classe bleiben nicht länger als drei Monate nach dem Dato der Gewinnliste gültig. Nach Verlauf dieser Zeit fällt aus selbigen jeder Anspruch weg und der Gewinn der Lotterie-Casse anheim;"

sowie der Nr. 6 Lit. e der Bremischen Verordnung vom 10. April 1823 (wegen der Lotterien):

„Bei fallenden Gewinnen können die Collecteure allein die Einsatzgelder der Lotterie, worin der Gewinn gefallen ist, wenn diese creditirt sein sollten, dem Spieler in Abrechnung bringen."

Kläger hat aus der Collecte des Beklagten das halbe Loos Nr. 19343 der 47. Braunschweigschen Lotterie, auf welches in der Ziehung vom 5. Novbr. 1859 ein Gewinn von 63,000 ℛ︎ Gold gefallen, gespielt. Der Gewinn berechnet sich planmäßig auf netto 24,340¾ ℛ︎ Gold. Am 7. November wurden dem Kläger gegen Rückgabe des Gewinnlooses 20,000 ℛ︎ baar ausgezahlt. Auf Auszahlung des Gewinnrestes ist die Klage gerichtet. Beklagter erwiedert: Kläger sei befriedigt,

da er mit dem Beklagten hinsichtlich des Gewinnstes (aus den Entscheidungsgründen ersichtliche) Vereinbarungen abgeschlossen habe, die an die Stelle der Baarzahlung treten sollten. Beklagter habe diese Vereinbarungen erfüllt. Kläger habe seine Befriedigung auch durch drei Quittungen resp. vom 7. November, 1. December 1859 und 11. November 1861 anerkannt. Event. wird die Einrede der Compensation vorgeschützt aus einer Darlehnsforderung des Beklagten an den Kläger vom November 1861 im Betrage von 2400 ₰ Crt. und aus creditirten Einsatzgeldern für Loose der 237. Hamburger Lotterie im Betrage von 141 ₰ 21 Sgr., und wird zugleich wegen der beiden letzteren Posten Widerklage erhoben. Kläger erkennt nur die Quittung vom 7. November 1859 an und leugnet die Vereinbarungen, auf welche der Beklagte sich berufen hat. Die Compensation erklärt er seiner Klage auf Auszahlung eines Lotteriegewinnes gegenüber für unstatthaft. Beklagter hält duplicando seine Einreden aufrecht, die er bezeichnet als Einreden des unwahren Beklagten, der Zahlung, des Betrags und Vergleichs und endlich der Compensation, die Befriedigung des Klägers gehe auch schon daraus hervor, daß vor Anstellung der Klage die dreimonatliche Verjährungsfrist des § 14 des Braunschweigschen Lotterieplans längst abgelaufen gewesen.

Das Obergericht erkannte in erster und zweiter Instanz (resp. unterm 16. Novbr. 1863 und 9. Mai 1864):

1) daß der Beklagte schuldig sei, innerhalb Ordnungsfrist und Gegenbeweis vorbehältlich zu beweisen:

daß der Kläger ihn beauftragt habe, von dem Reste des dem Kläger zukommenden Gewinn-Antheils ad 4340 ₰ 54 Gr. aus der 47. Braunschweiger Lotterie den Gehülfen des Beklagten, Steinberg und Stern, je 2000 ₰ als ein Geschenk des Klägers auszuzahlen und er, Beklagter, solchen Auftrag ausgeführt habe, sowie daß der Kläger den dann noch bleibenden Rest ad 340 ₰ 54 Gr. dem Beklagten als Gratification oder als Remuneration für frühere Auszahlung des Gewinnes geschenkt habe,

oder

daß der Kläger sich damit einverstanden erklärt habe, oder unter den Parteien die Vereinbarung getroffen sei, daß dem Kläger die von ihm für seine Schuld an den Beklagten in Zahlung gegebenen Wechsel ad resp. Crt. ℛ 424. und Ldr. ℛ 500. zurückgegeben würden und dafür ein gleicher Betrag (ad 885½ ℛ Gold) von dem Kläger auf seinen libellirten Lotterie-Gewinn noch zukommenden Rest ad 4340 ℛ 54 Gr. auf die Schuld des Klägers an den Beklagten abgerechnet, der danach bleibende Ueberschuß bis zur Summe von 4000 ℛ, also ad 3114½ ℛ, als ein Geschenk für die beklagtischen Gehülfen Steinberg und Stern und der Rest ad 340 ℛ 54 Gr. als ein Geschenk für den Beklagten selbst oder Remuneration für denselben dem Letzteren verbleibe;

2) daß der Kläger schuldig sei, binnen gleicher Frist, Gegenbeweis vorbehältlich, in Betreff der Verzugszinsen zu beweisen,

daß und wann er wegen Zahlung der Klagsumme den Beklagten gemahnt habe;

3) daß der Beklagte mit der Einrede der Compensation zum besonderen Verfahren zu verweisen;

4) daß die Einrede der Verjährung der Klage als verspätet zu verwerfen sei;

nach Maßgabe der Führung obiger Beweise soll sodann in der Hauptsache und der Kosten wegen weiter erkannt werden, was Rechtens.

Auf Appellation des Beklagten erging das Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 13. Juli 1865 dahin: daß Beklagter, Gegenbeweis für den Kläger vorbehältlich, zu beweisen habe:

a) daß Kläger hinsichtlich der ihm zukommenden Restzahlung auf einen Gewinn in der 47. Braunschweigschen Lotterie im Betrage von annoch 4340 ℛ 54 Gr. Gold mit dem Beklagten dahin übereingekommen sei:

1) Beklagter solle an seine damaligen Gehülfen Steinberg und Stern je 1557¼ ℳ Gold als ein Geschenk des Klägers auszahlen,
2) es sollten dem Kläger zwei von ihm für den Beklagten ausgestellte Wechsel auf resp. 500 ℳ Gold und 424 ℳ Crt. (zusammen auf 885½ ℳ Gold) zurückgegeben werden, und
3) Beklagter solle 340 ℳ 54 Gr. Gold für sich selbst einbehalten, sowie

b) daß die sub a) 1 gedachte Zahlung und die sub a) 2 erwähnte Zurückgabe der Wechsel geschehen sei,

worauf in der Hauptsache und der Kosten wegen weiter ergehen solle, was Rechtens.

Die Kosten ꝛc.

Entscheidungsgründe.

I. Nach den Bestimmungen des Plans der Braunschweig-Lüneburgischen Landeslotterie (§ 2 und § 9) durfte Kläger, der das ½ Loos № 19343 der 47. Lotterie aus der Collecte des Beklagten gekauft hat, den darauf in der Ziehung vom 5. November 1859 gefallenen Gewinn nur vom Beklagten forbern, da planmäßig die Auszahlung der Gewinne von den Collecteuren an die Spieler geschieht, und letztere einen Anspruch auf Gewinnauszahlung durch die Lotteriedirection nur in dem hier nach der eigenen Darstellung des Beklagten nicht eingetretenen Falle haben, wenn die Collecteure die rechtzeitige Auszahlung der Gewinne verweigern. — Mit vollem Rechte hat daher der Kläger die Klage auf Auszahlung des Gewinnrestes gegen den Beklagten gerichtet, mit welchem als Collecteur er allein in ein Contractsverhältniß getreten ist und hat treten wollen.

II. Wäre nun der III. Beschwerde des Beklagten in gegenwärtiger Instanz, daß die Einrede der Verjährung verworfen worden und nicht vielmehr zugelassen und für begründet erkannt sei, zu entsprechen, so würde die Abweisung der Klage von selbst folgen, ohne daß es eines weiteren Eingehens auf die Sache bedürfte.

Aber die Beschwerde ist unbegründet. Denn

1) es bestimmt freilich der § 14 des für die Interessenten verbindlichen Lotterieplans, daß alle Loose nicht länger als drei Monate nach dem Datum der Gewinnliste gültig bleiben, auch hat Beklagter schon mit seiner Vernehmlassung den Lotterieplan überreicht; aber er hat excipiendo aus dem allerdings längst eingetretenen Ablaufe der Zeit von drei Monaten überall eine Einrede gegen die Klage nicht entnommen. Läßt sich nun vielleicht noch darüber streiten, ob nicht der Richter, wenn sich aus dem eigenen Vorbringen des Klägers ergiebt, daß der eingeklagte Anspruch durch den Ablauf der gesetzlichen Klagverjährungsfrist erloschen sei, dies ex officio zu berücksichtigen habe — wiewohl das O.-A.-Gericht sich früher dahin ausgesprochen hat, daß die Einrede der Verjährung nicht ex officio zu suppliren sei:

in Frankfurter Sachen Hoffmann c. Administration der Schnepp'schen Armenstiftung 1846 —

so ist doch gewiß nicht zu behaupten, daß die officielle Berücksichtigung des Ablaufs eines Zeitraums auch dann eintreten dürfe, wenn die Parteien durch Vertrag von der Beobachtung desselben die Geltendmachung ihrer Ansprüche abhängig gemacht haben; denn es ist lediglich Sache der Contrahenten zu bestimmen, wie weit sie sich ihrer Rechte aus dem Vertrage bedienen wollen. Mithin mußte Beklagter gegenüber der Klage, welche aus dem auf Grund des fraglichen Lotterieplans abgeschlossenen Kauf eines Looses auf Erfüllung des Contracts (mittelst Auszahlung des Gewinnes) angestellt wurde, rechtzeitig alles das vorbringen, womit er behaupten zu können meint, daß nach den normirenden Vertragsbestimmungen der Anspruch aus dem Gewinnloose weggefallen, namentlich also auch, daß dasselbe durch Zeitablauf ungültig geworden sei. Dazu genügte nicht die bloße Ueberreichung des Lotterieplans, da der Richter hieraus allein nicht zu entnehmen im Stande war, ob der Beklagte die Verjährungszeit des § 14 für sich als Einrede gegen die Klage benutzen wolle. Ja selbst in der Duplik hat er die angeblich eingetretene Verjährung nicht als selbstständige Einrede gel-

tend gemacht, sondern den durch den Zeitablauf eingetretenen Verlust des Anspruchs aus dem Gewinnloose nur beiläufig bei Vorschützung der Compensation und des Verzichts erwähnt.

2) Und in der That steht dem Beklagten die Einrede der Verjährung in concreto überall nicht zu.

Denn der § 14 des Plans bestimmt ausdrücklich, daß nach Ablauf der 3 Monate der Anspruch aus dem Gewinnloose nur zu Gunsten der Lotteriecasse wegfallen soll. Der Ablauf dieser Frist kann also nie dahin führen, daß der Collecteur den in seinen Händen verbleibenden Gewinn dem Spieler vorenthalten darf. Vielmehr wird der Käufer des Looses, welcher dasselbe dem Collecteur zwecks Erhebung des Gewinnes durch diesen ausgehändigt hat, also den Weg der Auszahlung des Gewinnes durch die Lotteriedirection nicht erwählte (§ 10 des Plans), auch nach Ablauf der planmäßigen Frist die Zahlung des Gewinnes, den der Collecteur aus der Lotteriecasse erhoben hat, von diesem mit Grund fordern können, da der Lotterieplan nicht die entfernteste Andeutung davon enthält, daß der Collecteur in solchem Falle den Gewinn lucriren solle. Im Gegentheil ergiebt der § 10 Abs. 2 des Plans, daß auch bei Versäumung der vorgeschriebenen Fristen ein Anspruch des Spielers gegen seinen Contrahenten bestehen bleibt, indem hier bestimmt wird:

„Ist das Loos von einem Collecteur genommen und die Anzeige weder bei der Direction noch bei dem Hauptcollecteur (binnen 6 Wochen) geschehen, so fällt auch jeder Anspruch aus dem Loose gegen den Hauptcollecteur hinweg, und es muß sich der Gewinner alsdann lediglich an den Subcollecteur halten, von welchem er das Loos genommen hat."

Dieser ausdrücklichen, die in § 2 des Plans ausgesprochene Haftungspflicht der Hauptcollecteure für die Subcollecteure beschränkenden Bestimmung bedurfte es hinsichtlich der Subcollecteure. Wo aber, wie hier, mit einem Hauptcollecteur contrahirt worden, war es gar nicht nöthig, noch speciell zu bestimmen, daß seine Verbindlichkeit, trotzdem der Spieler sich

nicht rechtzeitig an die Lotteriedirection wandte, fortdauere. Wie dort bei unterlassener Anzeige der Subcollecteur, so bleibt hier der Hauptcollecteur verhaftet. Die Collecteure, welche die Auszahlung der Gewinne aus der Lotteriecasse empfangen und in Händen behalten haben, dürfen sich mithin den Spielern gegenüber auf den § 14 des Plans überall nicht berufen. Sie behalten aber die von der Direction an sie gezahlten Gewinne, wenn sie innerhalb 3 Monaten, vom Datum der Gewinnliste an gerechnet, die Gewinnloose an die Direction abzuliefern im Stande sind. Der § 14 des Plans hat also nur die Bedeutung, daß der Spieler, wenn er innerhalb 3 Monaten die Erhebung des Gewinnes mittelst Auslieferung des Looses nicht begehrt und dadurch die Lotteriedirection in die Lage bringt, den Gewinn nicht auszuzahlen oder denselben vom Collecteur wieder einzuziehen, eine Gewinnauszahlung später nicht mehr beanspruchen darf. In diesem Sinne fällt nach Ablauf von 3 Monaten jeder Anspruch aus dem Loose weg und der Gewinn der Lotteriecasse anheim.

III. Mit der I. und II. Beschwerde begehrt Beklagter die Abweisung der Klage: primo loco auf Grund der feststehenden Zurückgabe des Gewinnlooses durch den Kläger und der von demselben nach [13] act. des Obergerichts ausgestellten von ihm anerkannten Quittung, eventualiter nachdem die Echtheit der Quittungen des Klägers in [14] und [16] ibid. anerkannt sein werde, was nach der Meinung des Beklagten inzwischen durch die Erklärungen des Klägers in [32] ibid. geschehen ist.

Beklagter will nämlich aus der Rückgabe des Looses eine stillschweigende Anerkennung des Klägers, daß er wegen seiner Gewinnforderung gänzlich befriedigt sei, folgern, und führt weiter aus, daß Kläger seine vollständige Befriedigung durch die Ausstellung der Quittungen in [13], [14] und [16] auch ausdrücklich anerkannt habe; wozu noch komme, daß Kläger sich als Schuldner des Beklagten auf beträchtliche Summen bekannt habe, zu einer Zeit, als er von demselben

noch einen Lotteriegewinn von über 4000 ₰ wolle zu fordern gehabt haben.

Aber das vom Beklagten Beigebrachte ist zur Begründung der Behauptung, Kläger habe seine vollständige Befriedigung anerkannt, so wie die Thatsachen liegen, nicht genügend, wenn auch allerdings, da Beklagter die factischen Momente, woraus er diese Behauptung herleiten will, schon in der Vernehmlassung angeführt hatte, in der späteren namentlich in zweiter und dritter Instanz versuchten Geltendmachung derselben aus dem Gesichtspunkte eines pactum de non petendo ein neues Vorbringen nicht zu finden ist. Denn

1) die Ausstellung der fraglichen Schuldverschreibungen durch den Kläger wird sehr wohl daraus erklärlich, daß derselbe, welcher massenhaft Lotterieloose beim Beklagten spielte, wenn er sich zu den Schuldverschreibungen nicht verstand, und wenn er den letzteren auf seine Schuld an den Kläger aus dem Lotteriegewinne hätte verweisen wollen, leicht durch Vorenthaltung der Loose durch den Beklagten an der Benutzung der vortheilhaftesten Classen der Lotterie hätte verhindert werden können.

2) Die Rückgabe des Gewinnlooses ist zwar auch nach der eigenen Darstellung des Klägers nicht gezwungen geschehen, und an den wirklichen Schuldner (den Beklagten) erfolgt, da Kläger in ein Verhältniß zur Lotteriedirection, welche nach dem Lotterieplane in beschränkter Weise die Auszahlung der Gewinne garantirt, nicht hat treten wollen. Aber die Auslieferung des Looses an den Collecteur, von dem es entnommen ist, geschieht häufig gerade in der Erwartung, die darauf zu leistende Gewinnauszahlung zu empfangen; und was die Hauptsache ist, die Vermuthung der Befriedigung des Klägers, welche auf die Loosrückgabe gegründet werden könnte, wird durch die ausdrückliche Darlegung des Beklagten über den Grund der Zurückgabe des Looses entkräftet, so daß es lediglich sich nur noch darum handeln kann, ob die Befriedigung des Klägers in der vom Beklagten behaupteten Weise geschehen ist oder nicht; denn Beklagter räumt

selbst ein, das Loos sei ihm vom Kläger zurückgegeben, weil dieser über seine Befriedigung wegen des Gewinnes eine Vereinbarung mit dem Beklagten abgeschlossen habe, für die Realität der letzteren aber kann aus der Loosrückgabe offenbar nichts gefolgert werden.

3) Auch aus der Ausstellung der Quittungen in [13], [14] und [16], von denen übrigens Kläger die beiden letzteren trotz seiner bei Gelegenheit einer Gegendeduction in [32] act. des Obergerichts pag. 13 gemachten Aeußerung noch nicht mit Bestimmtheit anerkannt hat, ist nicht mit Sicherheit zu folgern, Kläger habe sich, gleichviel ob seine Befriedigung vollständig geschehen sei oder nicht, wegen seiner Gewinnforderung für befriedigt erklären wollen. Denn die beiden ersteren Quittungen stellen sich nach ihrer ganzen Fassung bloß als Beweismittel für eine bestimmte Zahlung dar, und wurden nach der eigenen Angabe des Beklagten lediglich zu diesem Zwecke vom Kläger ausgestellt. Die Quittung in [13] vom 7. Novbr. 1859 bezieht sich hiernach auf den Vorgang bei der Gewinnauszahlung an diesem Tage, die Quittung in [14] vom 1. December 1859 aber konnte dem Beklagten nothwendig erscheinen, weil inzwischen die Vereinbarung vom 7. Novbr. 1859 durch ein späteres Abkommen modificirt war; worüber sich Beklagter in [11] act. des Obergerichts pag. 9 und 10 näher erklärt. Es erscheint daher unzulässig, diesen Urkunden eine über den in ihnen ausgesprochenen Zweck hinausgehende Bedeutung zu geben. Anders möchte an sich die ganz generell lautende, zwei Jahre später abgegebene Erklärung des Klägers in [16] vom 11. Novbr. 1861 aufzufassen sein, worin er bekennt, die auf seine Loose gefallenen Gewinne baar und richtig ausbezahlt erhalten zu haben. Diese Erklärung hat nicht den Zweck, ein Beweismittel für eine bestimmte Zahlung herzustellen; sie könnte immerhin trotz des gewählten Ausdrucks „baar und richtig ausbezahlt“ als eine Anerkennung des Ausstellers angesehen werden, daß er aus Lotteriegewinnen eine Forderung an den Beklagten nicht mehr habe. Aber da Beklagter selbst bemerkt,

daß Kläger auch während des Zeitraums vom 1. December 1859 (Datum der Quittung in [14]) bis zum 11. November 1861 Lotterieloose in bedeutenden Quantitäten von ihm entnommen habe, daß auf einzelne derselben kleinere Gewinne gefallen, die Gewinnloose aber vom Kläger nicht zurückgegeben seien und daß die Quittung in [16] namentlich zur Sicherheit des Beklagten wegen dieser kleineren Gewinne ausgestellt worden, so wird es sehr zweifelhaft, ob die letztere Quittung überall auf den Gewinn vom 5. November 1859 zu beziehen ist, zumal die unbestimmte Fassung derselben ganz wohl für kleinere Gewinne geeignet zu sein scheint, schwerlich aber für einen Gewinn von solcher Bedeutung, wie der fragliche. So wie aber dieser Zweifel entsteht, kann die Urkunde in [16] nicht mehr dafür benutzt werden, darzulegen, daß Kläger sich wegen der jetzt eingeklagten Gewinnforderung befriedigt erklärt habe.

IV. Die Sache liegt hiernach so. Beklagter konnte excipiendo sich begnügen, der zugestandenen Klage die Einrede der Baarzahlung zu opponiren und dieselbe durch die Quittungen des Klägers zu begründen und beweislich zu machen, so daß replicando Kläger die Gegenbehauptung hätte aufstellen und beim Leugnen des Beklagten beweisen müssen, es sei trotz der Quittungen die Baarzahlung zu dem eingeklagten Betrage nicht geschehen. Da nun aber Beklagter diese klägerische Behauptung zugeben mußte, so konnte den Kläger ein Beweis nicht mehr treffen, und war Beklagter duplicando genöthigt, eine anderweitige Befriedigung desselben als durch Baarzahlung zu behaupten und beim Leugnen des Klägers zu beweisen. Beklagter hat mithin, wenn er diese letztere Behauptung schon vorweg excipiendo mit vorbrachte, nur eine Duplikenbehauptung anticipirt. Es ergiebt sich aber ohne Weiteres, daß der Beweis der anderweitigen Befriedigung des Klägers nicht schon durch die auf eine Befriedigung durch Baarzahlung gehende Quittung vom 7. November 1859, welche bisher allein vom Kläger anerkannt worden, geführt sein kann, zumal Beklagter selbst anführt,

daß die schließlich maßgebende Vereinbarung über die Befriedigung des Klägers erst nach dem 7. November zu Stande gekommen ist, die späteren Quittungen aber vom Kläger bisher nicht anerkannt sind.

Wenn nun auch dem Beklagten frei bleiben muß, sich für die ihm obliegende Beweisführung der sämmtlichen Urkunden in [13], [14] und [16] zu bedienen, so ist doch zugleich klar, daß ihn, und nicht den Kläger, die Beweislast treffen muß, womit sich auch die V. Beschwerde des Beklagten erledigt; und kommt es nur noch darauf an zu prüfen, welche Thatsachen dem Beklagten zum Beweise aufzulegen sind.

1) Da Kläger auf den ihm zukommenden Lotteriegewinn 20,000 ℛ Gold erhalten zu haben einräumt, so handelt es sich nur noch um seine Befriedigung wegen des Restes von 4340 ℛ 54 Gr. Gold. Hierauf konnte Beklagter als auswärtiger Collecteur nach § 8 des Lotterieplans das Porto abrechnen, und muß Kläger sich in jedem Falle den Betrag des Porto, der ohne daß er widersprochen hat, vom Beklagten auf 13 ℛ angegeben wird, abrechnen lassen.

2) Beklagter sagt nun:

a. Kläger sei wegen der 4340 ℛ 54 Gr. dadurch befriedigt worden, daß am 7. November 1859 vereinbart sei, Beklagter solle an Steinberg und Stern als Geschenk des Klägers je 2000 ℛ auszahlen und den Rest von 340 ℛ 54 Gr. für sich selbst einbehalten, theils als Geschenk, theils als Erstattung der Kosten für sofortige Auszahlung der 20,000 ℛ (Provision 100 ℛ, Zinsen 4½ ℛ), des Porto von 13 ℛ und anderer kleiner Auslagen.

b. Etwa eine Woche später sei diese Vereinbarung dahin geändert, daß Steinberg und Stern nicht zusammen 4000 ℛ hätten erhalten sollen, sondern daß sie sich verpflichtet hätten, dem Kläger zwei Wechsel auf zusammen 885½ ℛ Gold, welche dieser an den Beklagten schuldigte, zurückzugeben, was geschehen sei.

Kläger hat diese Vereinbarungen in Abrede genommen.



3) Beklagter rügt nun zu seiner VI. Beschwerde mit Grund, daß die erste Beweisalternative des obergerichtlichen Erkenntnisses den thatsächlichen Behauptungen nicht völlig entspreche, und daß die zweite Beweisalternative unklar sei.

a. Beklagter hat, wie so eben bemerkt worden, eine frühere und eine spätere Vereinbarung von verschiedenem Inhalte behauptet. Bei letzterer soll es geblieben sein. — Insofern nun das Obergericht dem Beklagten auflegt, zu beweisen, daß die frühere Vereinbarung die Befriedigung des Klägers herbeigeführt habe, ist er allerdings beschwert; denn diesen Beweis ist er nach seinen eigenen Anführungen nicht zu erbringen im Stande.

b. Hinsichtlich der zweiten Beweisalternative hat sich zunächst in den Beweissatz der Schreibfehler „auf die Schuld des Klägers an den Beklagten" eingeschlichen, während es heißen muß „auf die Schuld des Beklagten an den Kläger." Außerdem ist die Fassung selbst, namentlich am Schlusse, nicht ganz genau, da Beklagter nicht behauptet hat, daß der ganze Rest von 340 ℛ︀ 54 Gr. ihm als Geschenk oder Remuneration verbleiben solle.

c. Hiernach ist von der Formirung zweier Beweisalternativen ganz abzusehen, und war das Beweisthema so zu fassen, wie es im Urtheile geschehen ist. Dem Beklagten aber war nicht bloß die Vereinbarung über die an Steinberg und Stern gemachten Geschenke zum Beweise aufzuerlegen, sondern auch, daß er die geschenkten Summen an dieselben ausgezahlt habe, da er nach seiner unzweideutigen Erklärung in [1] act. jetziger Instanz pag. 11 und 12 sich nicht darüber hat beschweren wollen, daß ihm der Beweis der Zahlung an Steinberg und Stern auferlegt worden, sondern nur darüber, daß er die Zahlung in dem Umfange von je 2000 ℛ︀ beweisen solle; wobei übrigens zu bemerken ist, daß es der beklagtischen Beweisführung nicht präjudiciren kann, wenn seine genannten damaligen Gehülfen ihm gegenüber contractlich verpflichtet waren, ihm selbst einen Theil der ihnen bei Gelegenheit von Lotteriegeschäften in der Collecte des Beklagten gemachten Geschenke wieder herauszugeben.

d. Für die Fassung des Beweisthema konnte es nur darauf ankommen, die schließliche Vereinbarung, wie Beklagter sie behauptet hat, zum Beweise zu verstellen. Dem Beklagten aber ist es unbenommen, bei Gelegenheit seiner Beweisführung die einzelnen Thatsachen, welche nach und nach zu der endlichen Vereinbarung hingeführt haben, beweislich zu machen. Auch das ist noch hervorzuheben, daß selbst eine theilweise Erbringung des Beweises zur Abminderung des vom Kläger geforderten Betrages hinführen kann. Die Bremische Verordnung vom 10. April 1823 (wegen der Lotterien) steht diesem nicht hinsichtlich der 424 ℛ für Einsätze in der 49. Braunschweigischen Lotterie (worin der eigentliche Gewinn fiel) entgegen, aber auch nicht hinsichtlich des Wechsels von 500 ℛ Gold für Hamburger Lotterieloose. Denn wenn in der genannten Verordnung № 6. e. bestimmt wird, daß bei Auszahlung von Gewinnen die Collecteure allein die creditirten Einsatzgelder der Lotterie, worin der Gewinn gefallen, dem Spieler in Abrechnung bringen dürfen, so ist damit ein Abzug anderer Posten wider den Willen der Spieler zwar ausgeschlossen, nicht aber die Vereinbarung zwischen dem Collecteur und dem Spieler, daß bei Auszahlung eines Gewinnes auch andere Schuldverhältnisse Gegenstand der Abrechnung werden sollen, was hier gerade vom Beklagten behauptet wird.

Durch diese Bemerkungen findet zugleich die IV. Beschwerde des Beklagten eine angemessene Berücksichtigung.

V. Da die VIII. generelle Beschwerde einen selbstständigen Inhalt nicht hat, so erübrigt noch die VII. Beschwerde, mit welcher Beklagter begehrt, daß seinen übrigen Einreden mehr als geschehen Rechnung getragen werde. Diese Beschwerde kann in Beihalt der obigen Ausführungen und der Erklärung des Beklagten in [8] act. des O.-A.-Ger. (daß er die Compensationseinrede in Betreff einer Gegenforderung an den Kläger von 2400 ℛ aus Hypothekenschein aufgebe) bloß noch bezogen werden auf die Einrede der Compensation mit einer Forderung von 141 ℛ 21 Sgr. nebst Zinsen aus creditirten Einsatzgeldern für Loose der 237. Hamburger Lot-

terie. Diese Compensation aber, rücksichtlich deren vom Beklagten nicht behauptet wird, daß sie durch Vereinbarung mit dem Kläger seiner Gewinnforderung gegenüber zulässig geworden, ist in Gemäßheit der Bestimmung № 6. e. der Verordnung vom 10. April 1823 mit Recht zum besonderen Verfahren verwiesen worden, und ist daher die Beschwerde unbegründet.

VI. Da das angefochtene Erkenntniß theilweise zu bestätigen, theilweise zu reformiren war, so waren die Kosten zweiter und dritter Instanz zur Hälfte zu compensiren, in die andere Hälfte dieser Kosten war der Beklagte zu verurtheilen.

---

54. Lübeck.

Sophie Eggers zu Carlow in (Mecklenb.-Strelitz), Klägerin, wider **G. Petermann** aus Gr. Salitz (ebenfalls in Mecklenb.-Strelitz), Beklagten, Eheansprüche, jetzt geführten Beweis betreffend.

Auch nach Lübischem Rechte sind, wo es sich um Eingehung einer Ehe handelt, Aeltern zulässige Zeugen für ihre Kinder.

Rechtsfall. Der der Klägerin auf die von ihr angestellte Klage aus einem Eheversprechen auferlegte Beweis:

daß Beklagter im November 1862 in Schönberg der Klägerin die Ehe versprochen und daß er von den Aeltern der Klägerin den Consens zu dieser Verlobung erhalten habe,

ward von ihr angetreten u. a. durch Producirung ihrer beiden Aeltern als Zeugen.

Obgleich in beiden ersten Instanzen der Beweis verschieden beurtheilt ward, indem das Stadt- und Landgericht denselben nur bis zum Reinigungseide, das Obergericht dagegen bis zum Erfüllungseide für geführt erachtete, so stimmten doch Beide darin überein, daß die Aeltern in diesem Falle, wenn auch verdächtige, doch nicht unzuläßige Zeugen seien.

Das O.-A.-Gericht, welches in seinem Erkenntnisse vom 15. Juli 1865 das des Obergerichts bestätigte, sprach sich in seinen Entscheidungsgründen über die Zulässigkeit der Zeugen folgendermaaßen aus.

1) daß Aeltern in einem Falle, wie der vorliegende, wo es sich um ein Eheverlöbniß ihrer Tochter handelt, gemeinrechtlich, nämlich nach den Bestimmungen des canonischen Rechts, zulässige Zeugen für ihre Kinder sind, hat der Beklagte nicht bestritten, und dafür liegen auch die in den Erkenntnissen der beiden vorigen Instanzen bereits in Bezug genommenen Präjudicate des O.-A.-Gerichts vor.

Seuffert, Archiv IV. Nr. 166.
Hamb. Samml. II. S. 65.

2) Mit Unrecht aber vermeint der Beklagte, daß die Anwendung des gemeinen Rechts in diesem Punkte durch das Lübische Statut ausgeschlossen werde. Denn

a) die statutarische Bestimmung, daß, wenn Jemand in einer Sache in Rathen und Thaten gewesen ist, er in derselben Sache nicht zeugen könne,

L. 5. T. 7. Art. 15,

tritt hier nicht ein. Dies ist sofort klar, insofern die Aeltern nur bezeugen sollen, daß der Beklagte ihrer Tochter die Ehe versprochen habe; allein auch in Betreff ihrer Einwilligung zur Verlobung. Denn zwar ist dies eine eigene That; allein wollte man den Artikel darauf anwenden, so würde daraus folgen, daß Niemand nach Lübischem Rechte facta propria bezeugen könne, durch welche ein später streitig gewordenes Rechtsgeschäft perfect geworden ist. Freilich haben die Aeltern bei diesem Bezeugen ihrer eigenen That insofern ein Interesse, als sie wünschen müssen, daß ein gültiges Verlöbniß ihrer Tochter erwiesen werde. Allein deshalb grade, weil ihr Consens zum Zustandekommen der Ehe nöthig ist, läßt das canonische Recht sie zum Zeugnisse darüber zu,

Cap. 3. X. qui matrimonium (4. 18.)

wenngleich ihr Interesse sie zu nicht ganz classischen Zeugen macht. Der eigentliche Sinn des Artikels ergiebt sich aus dessen Quelle im älteren Rechte, wo es heißt:

Non man mach up den andern tugen in schelingen, de dar mede wesen is in rade und dade, in flocke und in foerde . . .

Hach, A. L. R. Cod. III. art. 341. Note 6.

Hiernach kommt es also darauf an, ob der Zeuge bei der Streitigkeit selbst durch Rath und That sich betheiligt hat, und das ist hier nicht der Fall.

b) Eben so unzutreffend ist die Bezugnahme auf art. 17. eod., wonach unter andern auch der Vater über den Brautschatz der Tochter zum Zeugniß zugelassen wird. Beweisend würde dieser Artikel nämlich nur dann sein, wenn er dahin lautete, daß der Vater nur über den Brautschatz als Zeuge zuzulassen sei. Allein außer den Ascendenten und Descendenten werden darin auch Vettern und Ohmen, ja alle unbescholtene Leute (nämlich solche, die nicht auch erbgesessen sind) erwähnt. Unmöglich kann es aber die Meinung des Artikels sein, daß nicht erbgesessene Personen nur über Brautschatz sollen Zeugniß ablegen dürfen, da sie auch in anderen Fällen zugelassen wurden. Der Sinn ist vielmehr der, daß über Brautschatz, wie alle unbescholtenen Leute, so außer anderen Verwandten auch der Vater zum Zeugniß zuzulassen sei, wie das ein Artikel des älteren Rechts

Hach, A. L. R. Abth. IV. art. 49.

und der denselben fast wörtlich wiedergebende des revidirten Statuts I. 5, Art. 12 klar ergiebt. — Dabei darf man nicht außer Acht lassen, daß das Statut, wie überhaupt, so namentlich auch im Titel von den Zeugen, nur eine Sammlung von Willküren und Urtheilen über einzelne vorgekommene Fälle, nicht aber ein Gesetzbuch ist, welches Anspruch auf Vollständigkeit macht.

Endlich

c) kann auch die Bestimmung des art. 20. h. t. nicht für entscheidend erachtet werden.

Das zwar ist richtig und auch bereits vom O.-A.-Gerichte bei einem früheren Falle anerkannt worden, daß der Umstand allein, daß der Natur der Sache nach keine andere

Zeugen zu haben sind, nicht dahin führen kann, in solchem Falle Aeltern zum Zeugniß zuzulassen, indem diese unter den hier ausnahmsweise admittirten „Blutsverwandten" nicht zu verstehen sind.

Bruhn, Samml. II. S. 411.

Allein die Bestimmung des canonischen Rechts, daß Aeltern in testificatione suorum ad matrimonium conjungendum zuzulassen seien, beruht nicht auf diesem, bei Verlöbnissen auch gar nicht einmal zutreffenden Grunde, sondern vorzugsweise auf Begünstigung der Ehe, wie das die Worte des C. 3 X. qui matrimonium (4. 18) klar ergeben.

Sind die Aeltern der Klägerin nun gleich in diesem Falle keine unzulässige Zeugen, so sind sie doch allerdings keine unverdächtige; und wird der Grad ihrer Glaubwürdigkeit, über welchen das richterliche arbitrium zu entscheiden hat, besonders nach dem Inhalte ihrer Aussagen zu bemessen sein.

Hamburg. 55.

Carl Busch zu Hamburg, Kläger, wider die Direction der **Hamburg-Amerikanischen Packetfahrt-Actiengesellschaft** daselbst, Beklagte, Schadensersatz betreffend.

1) Duae conformes in Hamburg. Ist eine Klage, Einrede, Replik u. s. w. von den beiden ersten Instanzen übereinstimmend als in concreto rechtlich begründet anerkannt worden, so gilt dieser Punkt als rechtskräftig entschieden, auch wenn über die Liquidität des gleichmäßig beurtheilten Fundamentes, oder über selbstständige Einwendungen gegen dasselbe, verschieden erkannt wurde.

2) Wenn bei anticipirtem Beweise ein Zweifel darüber bleibt, ob nicht der einen oder andern Partei noch eine weitere Ergänzung des Beweismaterials zu Gebote stehe, ist es

processualisch das Richtige, ohne Veränderung der Beweislast auf Beweis und Gegenbeweis zu erkennen.

Rechtsfall. Das der beklagten Gesellschaft gehörige Dampfschiff Teutonia hatte bei seiner am 22. Februar 1863 angetretenen Fahrt von Newyork nach Hamburg unter andern mehrere Partieen Honig eingenommen. Ueber eine der letzteren, bestehend in 37 Fässern Cuba-Honig, gemärkt HD. № 1—37, war ein an Ordre gestelltes Connossement gezeichnet und vom Absender mit Blancoindossament versehen worden. Nach mehreren heftigen Stürmen langte das Schiff am 16. März in Hamburg an. Die alsbald zur Besichtigung der Stauung requirirten Schifferalten stellten zwei Atteste über den Befund aus; in dem einen derselben (vom 17. März) wird unter andern „eine Partie Honigfässer“ als durch den Sturm lose gekommen, ramponirt und leer erwähnt, in dem andern (18. März) 13 Fässer Honig, woran das Märk nicht zu erkennen, ramponirt und nicht voll, 5 Fässer Honig gemärkt HD leer. Im Ganzen erklärten sie, da die Güter allem Anschein nach nach Seemannsgebrauch gestaut und garnirt gewesen, so liege die Beschädigung oder Leckage nicht an der Stauung, sondern an dem fürchterlichen stürmischen Wetter während der Reise. Der Inhaber des Connossements über die 37 Fässer Honig, als welcher sich der jetzige Kläger C. Busch ausgewiesen hat, war zu der Besichtigung nicht zugezogen worden, und es wurden ihm statt der 37 nur 4 Fässer Honig geliefert. Er ließ deshalb am 29. März notariellen Protest aufnehmen, worin hervorgehoben wurde, daß der Capitain es unterlassen habe, seiner Pflicht gemäß sofort, nachdem er die Leckage entdeckt und ehe er die Waare aus der Lage genommen, dem Requirenten Anzeige von der Beschädigung der Waare zu machen. Am 2. April wurde vom Capitain und der Mannschaft Verklarung abgelegt. In derselben sind eine große Reihe Güter als beschädigt oder fehlend aufgeführt, und darunter auch: „von 37 Fässern Honig HD. $^1/_{37}$ nur 4 Fässer № 3, 14, 18, 32 und die übrigen 33 Fässer zu wenig.“ Am Schluß der Verklarung ist noch

eine besondere Erklärung des Capitains beigefügt, daß die vorgeschriebene Anzeige im vorliegenden Falle unmöglich gewesen, theils wegen Unkenntlichkeit der Marken, theils weil man erst nach Wegnahme anderer Güter die Beschädigung der Honigfässer entdeckt und dieselben nun auf Anordnung der Besichtiger aus der Lage habe nehmen müssen.

C. Busch klagte nunmehr auf Bezahlung des Facturapreises der nicht gelieferten 33 Gebinde Honig, indem er das Connossement, den Protest und die Factura überreichte. Die Beklagte übergab ihrerseits die Verklarung und die beiden Atteste der Schifferalten und excipirte: wie sich aus diesen Documenten ergebe, sei in Folge einer ungewöhnlich stürmischen Reise die Ladung ihrer tadellosen Stauung ungeachtet durch einander geworfen und die fraglichen 33 Fässer Honig ramponirt und zertrümmert worden, und bereits, ehe sie auf Anordnung der Besichtiger aus der Lage genommen, ganz leer geleckt gewesen. Wenn Kläger trotzdem Ersatz verlange, so stütze er sich offenbar auf Art. 9 und 15 der Verordnung vom 27. März 1786.*) Allein diese Bestimmung gelte nur, wo es sich um einen Defect handle, der möglicherweise erst eingetreten sein könne, nachdem das Frachtgut aus seiner Lage genommen worden, also jedenfalls nicht, wenn Fässer bereits vor diesem Zeitpunkt völlig leer geleckt seien, deren ordnungsmäßige Stauung constatirt sei. Außerdem sei die Anzeige unter den vorliegenden Umständen unmöglich gewesen, in welcher Beziehung im Wesentlichen die Erklärung des Capitains unter der Verklarung wiederholt wird. Der Kläger

*) Art. 9 der „neuen Verordnung für Schiffer und Schiffsvolk" lautet: „Wenn die Güter durch Havarie oder andre außerordentliche Zufälle an der fustage oder emballage beschädigt sind, so soll der Schiffer solche nicht aus der Lage nehmen, sondern dem Kaufmann davon zeitig Nachricht geben, damit er wegen der Löschung oder allenfalls vorgängigen Besichtigung durch die Schifferalten, ob die Waare auch gut garnirt und gestauet gewesen, so wie er es am besten findet, verfahren könne, widrigenfalls er, wenn er, besonders im Haven, die Lage eigenmächtig gebrochen, den sich etwa eräugnenden Defect unausbleiblich vergüten muß."

Art. 15 bezieht sich nur auf die Art der Schadensberechnung.

replicirte hauptsächlich, er könne die beigebrachten Atteste in keiner Weise als genügend gelten lassen; eventuell sei aber der Capitain nach Art. 9 cit. unbedingt verantwortlich; derselbe hätte den Kläger um so mehr zuziehen müssen, da er gewußt, daß Kläger Honig zu empfangen gehabt habe. Das Handelsgericht legte am 13. October 1862 unter Vorbehalt alles Weiteren dem Kläger vorerst auf, sich darüber zu erklären, an welchem Tage er sich bei der Beklagten oder dem Capitain oder einem Vertreter derselben als Inhaber des Connossements gemeldet habe, widrigenfalls die Meldung nicht vor dem 29. März anzunehmen sei. Der Kläger erklärte hierauf, die Connossemente seien mit der Teutonia selbst gekommen; er habe die seinigen am 16. oder 17. März erhalten und sofort bei dem Schiffsmakler der Beklagten abstempeln lassen. Ohnehin sei er aber der Beklagten als Hamburgischer Agent des Newyorker Absenders bekannt gewesen. Die Beklagte focht diese Angaben als ungenügend an und behauptete, das Connossement sei jedenfalls nicht vor dem 18. März Morgens 9 Uhr, also zu spät abgestempelt worden. Bei der Recapitulation der Sache ergriff die Beklagte die Gelegenheit, die Anwendbarkeit des Art. 9 cit. eventuell auch deshalb zu bestreiten, weil das Connossement eine Clausel enthalte, wonach die Güter sofort nach Ankunft vom Empfänger abzuholen seien, und weil man den Empfänger nicht gekannt habe.

---

1. Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 16. März 1863.

Da nach der jetzt von dem Kläger gemachten Angabe es jedenfalls für möglich gehalten werden muß, daß der Capitain der Teutonia bereits am 18. März davon unterrichtet war, daß das Connossement über die 37 Fässer Honig sich in den Händen des Klägers befinde, Beklagte aber nicht verlangen kann, daß darüber, ob diese Angabe des Klägers begründet ist, und ferner auch darüber, ob nicht etwa schon am 17. März die Fässer sämmtlich oder doch theilweise aus der

Lage genommen wurden, ein Beweisverfahren eingeleitet werde, nachdem weder der Capitain in der der Verklarung hinzugefügten Erklärung, noch sie, die Beklagte selbst, in der dem Erkenntniß vom 13. October vor. J. voraufgegangenen Verhandlung sich darauf berufen hat, daß zur Zeit, als die Fässer aus der Lage genommen wurden, es dem Capitain unbekannt gewesen wäre, wer Inhaber des Connossements sei, und daß aus diesem Grunde die im Art. 9 der Verordnung für Schiffer und Schiffsvolk vorgeschriebene Anzeige unterblieben sei;

da aber, wenn angenommen werden muß, daß dem Capitain, als die 37 Fässer aus der Lage genommen wurden, der Kläger als der Empfänger bekannt war, die Gründe, auf welche Beklagte sich beruft, um die Unterlassung der Anzeige an den Kläger zu entschuldigen, nicht für zutreffend erachtet werden können, indem:

1) die Clausel des Connossements, nach welcher der Destinatair, wenn derselbe sich nicht rechtzeitig zur Abnahme einfindet, es sich gefallen lassen müsse, daß das Gut für seine Rechnung und auf seine Gefahr gelandet werde, außer aller Beziehung zu der im Art. 9 der Verordnung dem Schiffer auferlegten Verpflichtung steht;

2) die Berufung der Beklagten darauf, daß die Schifferalten, um andere Ladungstheile untersuchen zu können, die Hinwegnahme der Honigfässer angeordnet hätten, nicht in Betracht kommen kann, weil nicht einzusehen, warum mit der Ausführung dieser Anordnung nicht so lange, bis dem Kläger die Anzeige gemacht worden, gewartet werden konnte;

3) der Angabe, daß die Marke auf den Fässern unkenntlich gewesen sei, es entgegensteht, daß nach dem Attest der Schifferalten Anlage C jedenfalls auf fünf dem Kläger nicht gelieferten Fässern die Marke zu erkennen war, überdies auch dem Capitain freigestanden hätte, sämmtlichen Destinatairen von Honig, deren Zahl — wie auch aus dem jetzt beigebrachten Manifest sich ergiebt — ja keinenfalls groß war, die Anzeige zugehen zu lassen;

da nun freilich die Unterlassung der Anzeige — wie dieses mehrfach in ähnlichen Fällen ausgesprochen worden — einen Rechtsnachtheil für die Beklagte dann nicht nach sich ziehen würde, wenn die Schifferalten, die auf Veranlassung der Beklagten die Ladung besichtigten, in den beigebrachten Attesten sich dahin ausgesprochen hätten, daß sie die 33 dem Kläger zu wenig gelieferten Fässer, bevor dieselben aus der Lage genommen waren, leer befunden hätten, und daß dieser Zustand der Fässer nicht einer mangelhaften Stauung zuzuschreiben sei;

da jedoch diese Atteste nur hinsichtlich der bereits oben erwähnten 5 Fässer eine solche Angabe enthalten, hinsichtlich der übrigen 28 Fässer aber aus diesen Attesten nichts zu entnehmen ist, indem einestheils es nicht als ausgemacht betrachtet werden darf, auch gar nicht einmal von der Beklagten mit Bestimmtheit behauptet worden ist, daß die Partie Honigfässer, welche das Attest Anlage B ohne irgend eine Andeutung über Zahl und Marke als ramponirt und leer aufführt, diese 28 Fässer seien, und anderntheils die Angaben des Attestes Anlage C, nach welchen 1 Faß Honig mit unkenntlicher Marke „ramponirt“ und 13 Fässer Honig ebenfalls mit unkenntlicher Marke „nicht voll“ von den Schifferalten vorgefunden wurden, keinenfalls für die Beklagte sprechen;

da aber auch in dem Attest Anlage C die Nummern der fünf leer vorgefundenen Fässer nicht angegeben sind und es somit fraglich ist, auf welche fünf von den in der beigebrachten Factura aufgeführten Fässern diese Angabe zu beziehen ist:

daß Beklagte für verpflichtet zu erklären, dem Kläger Ersatz für 28 von den demselben zu wenig gelieferten 33 Fässern zu leisten, hinsichtlich der übrigen 5 Fässer aber Beklagte vorgängig in nächster Audienz sich darüber zu erklären habe, auf welche der in der Factura angeführten Fässer sie die Angabe der Schifferalten, daß fünf Fässer mit der klägerischen Marke von ihnen leer befunden seien, beziehen wolle, und zwar unter dem Präjudiz, daß Be-

klagte wegen sämmtlicher 33 Fässer für ersatzpflichtig werde erklärt werden.

---

2) Obergerichtliches Erkenntniß vom 10. Juli 1863.

(Auf Appellation beider Theile.)

Da, nachdem die, durch das handelsgerichtliche proceßleitende Interlocut vom 13. October v. J. dem Kläger darüber auferlegte Erklärung, an welchem Tage er sich bei der Beklagten, oder dem Capitain des Schiffes, oder einem Vertreter derselben als Inhaber des Connossements gemeldet habe, und die daran sich knüpfenden ferneren Verhandlungen zu einem zuverlässigen Resultate darüber nicht geführt haben, ob die Abstempelung des Connossements über die hier fraglichen 37 Fässer Honig nicht etwa so verspätet erfolgte, daß die nach Maßgabe Art. 9 für Schiffer und Schiffsvolk vom 27. März 1786 erforderliche Anzeige an den Empfänger jedenfalls unmöglich war, zu der nunmehrigen Einleitung eines Beweisverfahrens über diesen Punkt um so weniger eine Veranlassung vorliegt, als die Beklagte sich in der ersten Verhandlung darauf überall nicht berufen hat; und somit der zweiten beklagtischen Beschwerde keine Folge zu geben ist;

da auch dem Erkenntnisse a quo darin beizupflichten ist, daß die Clausel des Connossements, nach welcher die Güter für Rechnung und Gefahr des Destinatairs gelandet werden sollen, wenn derselbe sich nicht rechtzeitig zur Abnahme einfindet, außer Beziehung zu der, im Art. 9 dem Schiffer auferlegten Verbindlichkeit steht, so wie auch der fernere Vorbehalt im Connossement „not answerable for leakage and breakage“ in Verbindung mit der Verklarung den Schiffer nicht ohne Weiteres von jeder Verantwortlichkeit zu entfreien vermag;

da vielmehr der Art. 9 in seiner, durch mehrfache gerichtliche Entscheidungen festgestellten rechtlichen Bedeutung auch auf den vorliegenden Fall dahin anzuwenden ist, daß der Schiffer, welcher die Lage der Fässer ohne vorherige Anzeige an den Kläger gebrochen, und Letzteren dadurch außer Stande

gesetzt hat, die Stauung zu untersuchen, und die ihm sonst geeignet erscheinenden Maßregeln zu ergreifen, für ersatzpflichtig zu erachten ist, insofern er sich nicht wegen der Beschädigung zu exculpiren vermag;

da nun, wenn gleich dem Handelsgerichte auch darin beigestimmt werden muß, daß hinsichtlich der hier fraglichen, dem Kläger zu wenig gelieferten 33 Fässer zur Zeit kein genügender Exculpations-Beweis des Schiffers geliefert worden, und demnach auch der ersten beklagtischen Beschwerde keine Folge gegeben werden kann, doch andrerseits kein Grund erfindlich ist, um nicht die Beklagte, unter Mitbenutzung des bereits Beigebrachten, zu einem desfallsigen Beweise zuzulassen;

da es unter diesen Umständen ratione der, dem Kläger nicht gelieferten 5 Fässer, auf welchen die Marken zu erkennen waren, angemessen erscheinen muß, beiden Parteien für jetzt und bis nach beendigtem Beweisverfahren Competentien vorzubehalten, wodurch sich die klägerische und die letzte beklagtische Beschwerde erledigen;

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 16. März d. J., unter Compensation der Kosten dieser Instanz, in Berücksichtigung der dritten beklagtischen Beschwerde wieder aufzuheben, und die Beklagte in einem, vom Handelsgerichte anzuberaumenden Termine, dem Kläger Gegenbeweis vorbehältlich, zu erweisen habe:

daß die an den hier fraglichen 33 Fässern, oder wie vielen davon, vorgefundene Beschädigung der stürmischen Reise — bei welcher die Ladung sich losgearbeitet — und nicht einer mangelhaften Stauung zuzuschreiben sei.

---

3) Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 15. Juli 1865.

(Auf Appellation beider Theile.)

Daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichtes der freien Hansestadt

Hamburg vom 10. Juli 1863 zwar im Uebrigen zu bestätigen, der daselbst der Beklagten auferlegte Beweis jedoch dahin zu fassen sei:

daß von den für den Kläger bestimmten 37 Gebinden Honig auf der fraglichen Reise 5 Fässer leer gelaufen und 28, oder wie viel weniger, gänzlich zertrümmert worden seien, und daß der eine wie der andere Verlust der stürmischen Reise und nicht einer mangelhaften Stauung zuzuschreiben sei.

Entscheidungsgründe.

I Soviel zunächst die Appellation der Beklagten betrifft, so verlangt dieselbe in der ersten Beschwerde die Abweisung der Klage, in der zweiten die Auferlegung eines Beweises an den Kläger über zeitige Abstempelung seines Connossements und über den Verlust der fraglichen 33 Fässer durch ein Verschulden des Schiffers, in der dritten die Umkehrung der Beweislast hinsichtlich der Verschuldung des Schiffers. Zunächst entsteht

A. hinsichtlich aller drei Beschwerden die Vorfrage, ob und in wieweit ihnen eine Conformität der vorigen Entscheidungen entgegenstehe. Es kann nun

1) das Dasein der Conformität in folgenden Punkten keinem begründeten Zweifel unterliegen:

a. daß der Art. 9 der Verordnung vom 27. März 1786 auf den vorliegenden Fall Anwendung finde, der Capitain der Teutonia daher zur Anzeige an den Empfänger der fraglichen Waare vor Brechung der Lage an sich verpflichtet gewesen sei;

b. daß der Capitain durch die Connossementsclausel, wonach ein Destinatair, welcher sich zur Abnahme nicht rechtzeitig einfindet, sich das Laden der Güter auf seine Rechnung und Gefahr gefallen lassen soll, von der Anzeigepflicht nicht befreit worden sei;

c. daß der Einwand der Beklagten, man habe bei der Besichtigung am 17. und 18. März 1862 den Kläger als

Empfänger nicht gekannt und deshalb die Anzeige nicht machen können, als ein in der ersten Verhandlung der Sache nicht geltend gemachter, unberücksichtigt bleiben müsse;

d. daß auch die weiter zur Entschuldigung der Nicht-Anzeige geltend gemachten Umstände — die Schifferalten hätten, um andere Ladungstheile untersuchen zu können, die Hinwegnahme der Honigfässer angeordnet, und die Marke auf den Fässern sei unkenntlich gewesen — als unerheblich zu verwerfen seien;

e. daß die Beklagte daher von derjenigen Haftung betroffen werde, welche in der angeführten Verordnung an die versäumte Anzeige geknüpft wird.

Die Punkte sub a und e sind zwar nur vom Obergericht ihrem wesentlichen Inhalt nach ausdrücklich hervorgehoben worden; daß das Handelsgericht sie aber in gleicher Weise zu Grunde gelegt hat, ist klar, weil es die Verurtheilung der Beklagten zur Entschädigung für 28 Fässer als „Rechtsnachtheil" wegen Unterlassens der in Art. 9 der Verordnung von 1786 vorgeschriebenen Anzeige rechtfertigt, und umständlich die Unhaltbarkeit der Gründe, womit die Unterlassung entschuldigt werden sollte, deducirt. Die Punkte sub b und c sind von beiden Gerichten ausdrücklich ausgesprochen worden, und diese Uebereinstimmung kann dadurch nicht beeinträchtigt werden, daß das Obergericht die Verwerfung des Einwandes sub c nicht ausschließlich auf die processualische Verspätung zu stützen scheint. Der Punkt sub d endlich ist nur vom Handelsgericht zum Gegenstand ausdrücklicher Erörterung gemacht worden; die gleichmäßige Verwerfung der hier fraglichen Entschuldigungsgründe durch das Obergericht ist aber darum außer Zweifel, weil es zu dem Resultat, daß die Beklagte wegen der Nicht-Anzeige ersatzpflichtig sei, wenn sie sich nicht wegen der Beschädigung zu exculpiren vermöge, ohne jene Verwerfung nicht hätte gelangen können.

2) Dagegen besteht die Verschiedenheit der vorigen Erkenntnisse darin, daß das Handelsgericht in Bezug auf 28

der nicht gelieferten 33 Honigfässer die Beklagte bereits jetzt für ersatzpflichtig erklärt und wegen der bei der Besichtigung leer gefundenen 5 Fässer eine Zwischenauflage macht, welche eventuell (im Fall der Aufklärung über die Nummern der Fässer) eine Freisprechung in sich schließt, das Obergericht dagegen der Beklagten erst noch den Exculpationsbeweis,

> daß die an den fraglichen 33 Fässern vorgefundene Beschädigung der stürmischen Reise und nicht einer mangelhaften Stauung zuzuschreiben sei,

nachgelassen und die besondere Entscheidung wegen der erwähnten 5 Fässer einstweilen ausgesetzt hat. Es fragt sich, auf welchem Grunde diese Verschiedenheit beruhe.

Aus den Motiven ergiebt sich, daß beide Gerichte über die Subsumtion des vorliegenden Falles unter den Art. 9 cit. und das Verständniß dieser Gesetzstelle, soweit es dabei in Betracht kam, gleicher Ansicht waren, und nur über die Frage differirten, was in Ansehung des concreten Thatbestandes für erwiesen zu achten sei. Beide gehen unter Berufung auf mehrfache Präjudicate davon aus, daß durch die Versäumniß der vorgeschriebenen Anzeige eine Exculpation des Schiffers nicht absolut ausgeschlossen werde, eine solche vielmehr dann anzunehmen sei, wenn constatirt sein sollte, daß der Verlust der Waare bereits vor Brechung der Lage eingetreten und nicht einer mangelhaften Stauung, sondern den Unfällen der Reise zuzuschreiben sei. Zwar spricht das Obergericht in seinen Gründen nur allgemein von „Exculpiren wegen der Beschädigung;“ der in deciso aufgestellte Beweissatz zeigt aber, daß nur ein auf der Reise eingetretener Defect gemeint war, wie denn auch nach Lage der Sache weder eine bloße Beschädigung, noch ein erst nach dem Auseinandernehmen der Ladung vorgefallener Verlust in Frage stand. Wenn das Handelsgericht bei jener übereinstimmenden Rechtsansicht dazu gelangt ist, die Beklagte für 28 nicht gelieferte Honigfässer schon jetzt unbedingt für ersatzpflichtig zu erklären, so beruht dies lediglich darauf, daß es das allein entscheidende Gewicht auf die Atteste der Besichtiger legt, in

diesen aber die Angabe vermißt, es seien von den für den Kläger bestimmten Fässern 28 Stück leer vorgefunden worden. Das Handelsgericht scheint, wie hieraus geschlossen werden muß, in diesem Umstande bereits eine genügende Widerlegung der Annahme gefunden zu haben, daß der Inhalt von 28 der klägerischen Honigfässer auf der Reise und durch deren Einwirkung verloren gegangen sein könne, während es hinsichtlich der übrigen 5 Fässer den unverschuldeten Verlust für erwiesen hält, sofern die Nummern derselben noch festgestellt würden, anderen Falls aber die Ungewißheit der Identität offenbar einem gänzlichen Mangel dieses Beweises gleichsetzt. Das Obergericht stimmt zwar darin bei, daß zur Zeit noch kein Exculpationsbeweis geliefert sei, findet aber keinen Grund, ihn rücksichtlich eines Theiles der fehlenden Fässer abzuschneiden. Die Erstreckung des Beweises auf alle 33 Fässer zeigt zugleich, daß es wegen der 5 leer gefundenen Fässer der eventuellen klägerischen Beschwerde insoweit entsprochen hat.

3) Vergleicht man die sub 1 und 2 dargelegten Punkte, so gelangt man zu folgendem Resultat.

a) Es ist durch duae conformes rechtskräftig gegen die Beklagte erkannt, daß sie abgesehen von dem Fall, wenn der Inhalt der 33 Fässer auf der Reise, ordnungsmäßiger Stauung ungeachtet, verloren gegangen sein sollte, wegen aller 33 Fässer ersatzpflichtig sei.

Wenn die Beklagte diese Annahme deshalb bestreitet, weil die beiden Gerichte bei Anwendung des Art. 9 der Verordnung von 1786 zu verschiedenen Ergebnissen gekommen seien, die Frage von der Anwendbarkeit des Art. 9 aber ein untrennbares Ganze bilde, und mithin nach allen Seiten hin noch eine offene sei, so ist dies unbegründet. In der vor einigen Jahren vom O.-A.-Gericht entschiedenen Hamburgischen Sache

Sloman nom. de Mier c. Pick & Co., Mai 1862,

auf welche sich der beklagtische Sachführer für seine Behauptung beruft, ist allerdings ausgesprochen worden, der Art. 9 cit. sei als ein untheilbares Ganze anzusehen; aber in einer Be-

ziehung und Bedeutung, die hier gar nicht in Betracht kommt. Es stand dort ein Fall bloß qualitativer Beschädigung einer verschifften Waare in Frage; Handelsgericht und Obergericht waren darüber einig, daß die Anzeigepflicht des Art. 9 auch auf einen solchen Fall anwendbar sei, sie wichen aber darin von einander ab, daß das Handelsgericht auch das Präjudiz des Art 9, die unausbleibliche Vergütungspflicht, für anwendbar hielt, das Obergericht dagegen dieses gesetzliche Präjudiz auf Fälle eines Defects beschränkte und bei qualitativen Beschädigungen aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur eine Belastung des Schiffers mit dem Entschuldigungsbeweis eintreten ließ. Bei dieser Lage der Sache sprach das O.-A.-Gericht aus, es dürfe nicht in der Weise getrennt werden, daß die Anwendbarkeit des Art. 9 an sich als rechtskräftig festgestellt zu erachten wäre, und nur noch die Folgen der Unterlassung der Anzeige einer neuen Prüfung unterlägen, vielmehr sei die Frage von der Anwendbarkeit des Art. 9 überhaupt noch eine offene. Dieser Ausspruch rechtfertigt sich, wenn man erwägt, daß zu einer der Rechtskraft fähigen Entscheidung die bedingte oder unbedingte Anerkennung eines concreten Rechtsverhältnisses unter den Parteien erfordert wird, in dem damaligen Falle aber die übereinstimmend angenommene Anzeigepflicht hierfür nur eine Prämisse bildete, während die andere eben so wesentliche Prämisse in der difform beantworteten Frage bestand, welche rechtliche Folge die versäumte Anzeige nach sich ziehe.

Völlig verschieden hiervon liegt die jetzige Streitsache. Die vorigen Gerichte sind darüber einverstanden, daß der Art. 9 cit. in allen seinen Theilen hier anwendbar sei, und haben zugleich das, was daraus für das Verhältniß der Parteien in concreto folgt, übereinstimmend festgesetzt. Sie haben nicht bloß erklärt, daß dem Capitain eine Versäumniß der gesetzlichen Anzeige zur Last falle, sondern auch, daß die Beklagte deshalb dem Kläger ersatzpflichtig sei, sofern ihr nicht der unverschuldete Untergang der Waare auf der Reise zur Seite stehe. Ueber die Liquidität dieses Vertheidigungsmomentes

weichen die Entscheidungen ab, dagegen ist der Anspruch des Klägers an sich gleichmäßig für begründet und liquid anerkannt worden. Faßt man mit dem beklagtischen Sachführer die Klage als eine aus der gesetzlichen Vorschrift des Art. 9 hergeleitete auf, so ist das Klagfundament conform für begründet und liquid erklärt, über den Beweis der Einrede, daß die Waare durch die Unfälle der Reise zu Grunde gegangen sei, aber verschieden erkannt. Genauer läßt sich das Verhältniß so zergliedern. Das Klagfundament beruht in dem Connossement; dem steht eine Einrede aus der Connossementsclausel „frei von Leckage und Bruch" insoweit entgegen, daß der Kläger erst eine culpa des Schiffers nachzuweisen hätte; diese Einrede wird durch die Replik beseitigt, daß die Beklagte aus Art. 9 cit. wegen versäumter Anzeige ersatzpflichtig sei; und dagegen vertheidigt sich endlich die Beklagte mit der Duplik, daß die Waare schon auf der Reise durch casus verloren gegangen sei. Ueber alle diese Angriffs- und Vertheidigungsmittel haben die vorigen Gerichte gleichmäßig erkannt, mit alleiniger Ausnahme des Beweises der Duplik. Von dem für dieselbe processualische Auffassung geeigneten Fall de Mier c. Pick & Comp. unterscheidet sich der gegenwärtige eben dadurch wesentlich, daß dort über die Replik difform erkannt war, indem das Handelsgericht eine, jede weitere Vertheidigung ausschließende Replik aus Art. 9 cit. annahm, das Obergericht nur eine andere, die duplicarische Exculpation offen lassende, Replik begründet fand. Wo aber, wie im vorliegenden Falle, von den beiden ersten Instanzen eine Klage, Einrede, Replik, in gleichem Sinn und mit gleicher Wirkung in concreto als begründet erklärt wurde, da muß dies, wie das O.-A.-Gericht wiederholt ausgesprochen hat, für rechtskräftig erledigt erachtet werden.

b) Auch der fernere Punkt, daß zu Gunsten der Beklagten eine Einrede oder Duplik des Inhalts,

> daß die fragliche Waare ordnungsmäßiger Stauung ungeachtet auf der Reise und durch deren stürmische Beschaffenheit untergegangen sei,

der Vorschrift des Art. 9 ungeachtet für rechtlich begründet zu achten sei, ist als rechtskräftig festgestellt anzusehen. Das Obergericht hat durch Zulassung der Beklagten zu dem von ihm normirten Exculpationsbeweis unzweideutig in diesem Sinne entschieden. Das Handelsgericht spricht sich in seinen Entscheidungsgründen in ganz gleichem Sinne aus. Freilich erklärt es dann in Bezug auf 28 der nicht gelieferten Fässer, daß es nach den Attesten der Besichtiger an der factischen Voraussetzung für jene Exculpation fehle, und verurtheilt deshalb die Beklagte in Ansehung dieses Theils der Ladung zum Schadensersatz. Erwägt man aber einmal, daß die Verurtheilung eben nur auf den mangelnden Thatbestand der fraglichen Vertheidigung gestützt wird, und sodann, daß der Vertheidigung rücksichtlich der übrigen 5 Fässer wirkliche Folge gegeben wird — indem die deshalb gemachte Zwischenauflage, wie erwähnt, eine eventuelle Freisprechung in sich schließt — so muß der unter Berufung auf Präjudicate ganz bestimmt hingestellte Ausspruch, die versäumte Anzeige würde keinen Rechtsnachtheil für die Beklagte nach sich ziehen, wenn die Besichtiger die Fässer bereits leer vorgefunden und diesen Zustand nicht einer mangelhaften Stauung zugeschrieben hätten, als eine wahre Unterentscheidung, und nicht als eine bloß hypothetische Aeußerung aufgefaßt werden.

c) Offen ist dagegen in jeder Hinsicht noch die Beweisfrage in Betreff des bezeichneten Exculpationsmomentes, indem das Handelsgericht die Exculpation in Bezug auf 28 Fässer für widerlegt, in Bezug auf 5 Fässer, sobald ihre Identität hergestellt werde, für erwiesen erachtet, das Obergericht in Bezug auf beide Partieen erst noch Beweis und Gegenbeweis darüber eingeleitet hat. Die übereinstimmende Ansicht der beiden Gerichte, daß zur Zeit noch kein genügender Entschuldigungsbeweis vorliege, ist als bloß negative Conformität ohne Wirkung. Ist die Beweisfrage aber überhaupt noch eine offene, so kommt das in zweiter Instanz beigebrachte novum (das Attest der Schifferalten vom 19. April 1862),

da es nur dem Beweismaterial etwas hinzufügt, für die Conformitätsfrage nicht weiter in Betracht.

4) Auf Grund des Bisherigen mußte die zweite und dritte Beschwerde der Beklagten für unstatthaft erachtet, hinsichtlich der ersten Beschwerde aber unterschieden werden. Soweit dieselbe darauf gestützt wird, daß der Capitain von der Anzeigepflicht des Art. 9 cit. nicht betroffen worden oder mit Rücksicht auf die concreten Umstände deshalb für entschuldigt zu halten sei, ist sie ebenfalls unstatthaft; zulässig dagegen, soweit sie sich darauf gründet, daß die mehrerwähnte Exculpation bereits erwiesen vorliege.

B. Geht man nun auf die erste Beschwerde, soweit sie hienach allein zur Beurtheilung steht, ein, so stellt sie sich als unbegründet dar. Denn wie günstig für die Beklagte man auch immer das Ergebniß der bisher von ihr beigebrachten Beweismittel beurtheilen möge, so fehlt es doch nach Lage der Sache an einem Grunde, das beiderseits zu benutzende Beweismaterial schon jetzt für erschöpft anzusehen, und namentlich würde es nicht gerechtfertigt sein, dem Kläger, welcher die Thatsache, daß die Waare auf der Reise ohne Verschulden des Capitains untergegangen sei, nirgends zugestanden hat, dieselbe vielmehr fortwährend bestreitet, jede Gelegenheit zur Führung eines Gegenbeweises abzuschneiden. Wo aber bei anticipirtem Beweise ein Zweifel darüber bleibt, ob nicht der einen oder anderen Partei noch eine weitere Ergänzung des Beweismaterials zu Gebote stehe, da ist es, wie das O.-A.-Gericht in zahlreichen Fällen ausgesprochen hat, processualisch das Richtige, nicht etwa die Beweislast umzukehren, sondern dem davon Betroffenen salva reprobatione Beweis aufzulegen, und es ihm zu überlassen, ob er sich bloß auf die schon in den Acten liegenden Beweismomente beziehen, oder dieselben zur Sicherung gegen den zu erwartenden Gegenbeweis verstärken wolle. Unter diesen Umständen mußte hinsichtlich der Frage, was und wieviel durch die von der Beklagten beigebrachten Documente zu ihren Gun-

sten erwiesen werde, für jetzt von jeder speciellen Beurtheilung abgesehen, und diese dem künftigen Erkenntniß nach geschlossener Beweisinstanz überlassen werden.

II. Anlangend sodann die Appellation des Klägers, so hat derselbe

1) in grav. 1 jetziger Instanz — wie sich der etwas undeutlichen Fassung ungeachtet bei einer Vergleichung mit der zweiten Beschwerde nicht verkennen läßt — das Verlangen gestellt, daß das Handelsgerichtserkenntniß hinsichtlich der gar nicht vorgefundenen 28 Fässer wiederhergestellt und die Beklagte zugleich der principalen Beschwerde voriger Instanz gemäß auch wegen der übrigen 5 Fässer schon jetzt für ersatzpflichtig erklärt werde.

Insofern diese Beschwerde darauf gestützt wird, daß nach Art. 9 der Verordnung von 1786 der Beklagten rechtlich überhaupt kein Exculpationsbeweis zustehe, erscheint dieselbe der obigen Auseinandersetzung gemäß wegen Conformität der vorigen Entscheidungen unstatthaft. Insoweit sie aber durch das Resultat des bisher zu den Acten gekommenen Beweismaterials gerechtfertigt werden soll, stellt sie sich als unbegründet dar. Denn die Beweisfrage hinsichtlich der rechtskräftig zugelassenen Exculpation der Beklagten ist nach dem, was oben sub I, B. bemerkt wurde, weder zu Gunsten der einen noch der andern Partei zu einem definiven Erkenntniß reif. Wenn insbesondere das Handelsgericht das bloße Stillschweigen der Schifferaltenatteste über 28 der nicht gelieferten Honigfässer schon für genügend ansieht, um die Beklagte pure für ersatzpflichtig zu erklären, also die Exculpation bereits als widerlegt anzusehen, so kann dem in keiner Weise beigepflichtet werden, indem die Beweismomente, welche die Beklagte aus einer Verbindung aller von ihr beigebrachten Documente für sich geltend macht, sich in keinem Fall als ganz unerheblich darstellen. Und wenn der Kläger rücksichtlich der 5 leer gefundenen Fässer sich darauf beruft, dieselben seien ihm doch nicht geliefert worden, so kann in der unter-

lassenen Lieferung der leeren Gebinde offenbar kein Grund zur Haftung der Beklagten gefunden werden.

2) Mittelst der zweiten Beschwerde verlangt der Kläger, daß nur wegen der mehrerwähnten 5 Fässer der Beklagten ein Exculpationsbeweis nachgelassen, im Uebrigen aber das Handelsgerichts-Erkenntniß wiederhergestellt werde.

Es ist jedoch eben ad grav. 1 gezeigt worden, daß die Beklagte auch rücksichtlich der 28 Fässer vorerst noch mit einem Exculpationsbeweis gehört werden muß.

3) Die dritte Beschwerde ist auf eine veränderte Fassung des obergerichtlichen Beweissatzes gerichtet. Dieser soll positiv aussprechen, daß 33 der klägerischen Honigfässer, oder wie viele sonst, auf der Reise gänzlich zertrümmert worden seien, und soll außerdem dahin verschärft werden, daß die Exculpation nicht bloß wegen mangelhafter Stauung, sondern auch wegen „sonstiger abwendbarer Ereignisse" zu liefern sei.

Diesem letzteren Antrage konnte keine Folge gegeben werden. An sich würde es genügen können, wenn die stürmische Reise als die Ursache des Verlustes im Beweissatze bezeichnet würde, indem damit ein anderer Causalzusammenhang implicite ausgeschlossen wäre. Wenn untadelhafte Stauung noch besonders daneben erwähnt wird, so soll damit nur ein Punkt besonders hervorgehoben werden, auf welchen die Beweisführung, um von Erfolg zu sein, ohnehin gerichtet werden müßte. Beschädigungen, welche zunächst durch die Einwirkungen einer stürmischen Reise entstanden, würden noch nicht als casuelle gelten können, wenn Ungewißheit darüber bestände, ob durch eine gute Stauung nicht die Beschädigung hätte verhütet werden können, in einem Mangel derselben also die erste Ursache des Schadens zu suchen sei. Bei einem für den Causalzusammenhang so wichtigen und in allen Fällen so nahe liegenden Punkt ist es rathsam, die in der Beweisführung darauf zu nehmende Rücksicht im voraus zu betonen. Daraus folgt aber nicht, daß auch das Ver-

meiden aller anderen denkbaren Versehen im Beweissatze erwähnt werden müßte; die Beschaffenheit der zu erweisenden casuellen Ereignisse hat zu ergeben, ob und wieweit sie den Schluß unverschuldeter Beschädigung rechtfertigen werden.

Was dagegen den ersten Antrag betrifft, so durfte er nicht unberücksichtigt bleiben. Die Fassung des obergerichtlichen Beweissatzes giebt zu der Meinung Anlaß, als werde dabei die Thatsache, daß der Verlust der Waare auf der Reise eingetreten sei, bereits als constatirt vorausgesetzt, und als handle es sich nur noch um die Schuldlosigkeit des Verlustes. Ob das Obergericht wirklich dieser Ansicht gewesen ist, oder ob es vielleicht davon ausging, der so gefaßte Beweissatz schließe die Aufgabe, jene Thatsache darzuthun, mit in sich, das muß dahin gestellt bleiben. Jedenfalls liegt in den bisherigen Acten kein Grund vor, über den auf der Reise erfolgten Verlust zu einem andern Beweisresultat zu gelangen, als über die Zufälligkeit des Verlustes, während die Exculpation der Beklagten, wie sie von den vorigen Instanzen conform zugelassen worden ist, nur durch beide Umstände zusammen begründet werden kann. Das Verlangen, dies in dem Beweissatz deutlich ausgedrückt zu sehen, war daher ein begründetes. Nur konnte nicht von einem Zertrümmern aller 33 Fässer geredet, sondern es mußte nach den Angaben der Beklagten zwischen 28 zertrümmerten und 5 leer angekommenen Fässern unterschieden werden.

Mit Ausnahme dieser veränderten Beweisfassung war hiernach das Obergerichtserkenntniß der beiderseitigen Appellation ungeachtet zu bestätigen.

56. Hamburg.

Untersuchungssache wider den Dr. X. zu Hamburg, wegen Injurien, jetzt Recusation des Obergerichtes betreffend.

Wenn eine Partei bei Verhandlung ihrer Rechtssache sich verletzende Aeußerungen gegen das Gericht erlaubt hat, so ist darin der Regel nach ein Grund zur Recusation des Gerichtes für die Entscheidung der Hauptsache nicht zu finden.

Rechtsfall. Wegen einer Beleidigung, die Dr. X. im Juni 1863 bei einer Besichtigung, an welcher er als Anwalt eines Interessenten Theil nahm, gegen den dabei fungirenden Notar ausgestoßen hatte, verfügte das Obergericht auf Antrag der Notariatskammer die Einleitung einer Untersuchung, und erließ am Schluß derselben, obwohl Dr. X. gleich Anfangs das Verfahren für unstatthaft erklärt und behauptet hatte, die Sache gehöre lediglich vor die Civilgerichte, unter dem 7. August desselben Jahres ein Straferkenntniß, in welchem Dr. X. in eine achttägige Gefängnißstrafe und die Untersuchungskosten verurtheilt wurde. Die dagegen zunächst erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, bei deren Ausführung Dr. X. mehrere verletzende Aeußerungen über das Obergericht einfließen ließ, wurde durch Urtheil des O.-A.-Gerichtes vom 30. Juni 1864, und das hiergegen ergriffene gleiche Rechtsmittel durch Erkenntniß des Directorialsenates vom 16. Januar 1865 als unbegründet verworfen. Dr. X. hatte sich bei jener Anfechtung des Straferkenntnisses vom 7. August 1863 eventuell das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung vorbehalten, über welches nach § 15 des Gesetzes vom 28. September 1860 wiederum das Obergericht, in zweiter und letzter Instanz, zu erkennen hat. Als es zur Ausführung des vorbehaltenen Rechtsmittels kommen

sollte, trat Dr. X. mit einem Recusationsgesuch gegen das Obergericht auf, theils weil es durch die Art und Weise, wie er sich in seiner Nichtigkeitsbeschwerde über dasselbe ausgesprochen habe, sich verletzt fühlen müsse, theils weil das ganze obergerichtliche Verfahren gegen ihn bereits die Befangenheit darthue. Durch

Urtheil des Oberappellationsgerichtes
vom 18. Juli 1865

wurde das Recusationsgesuch als unbegründet verworfen. Während die Erörterung des zweiten Recusationsgrundes kein allgemeineres Interesse darbietet, sprach sich das O.-A.-Gericht über den ersten Recusationsgrund dahin aus.

Wenn ein Gericht in die Lage kommt, über Ehrenkränkungen, welche gegen dasselbe verübt wurden und, für eine bloß disciplinarische Ahndung nicht geeignet befunden, zum Gegenstand eines förmlichen Strafverfahrens gemacht worden sind, selbst urtheilen zu sollen, so hat man es als Regel anzuerkennen, daß der Angeschuldigte der Unbefangenheit des verletzten Gerichts für diese Strafsache mißtrauen dürfe und daher zu dessen Recusation berechtigt sei; wie dies namentlich in Uebereinstimmung mit früheren Präjudicaten vom O.-A.-Gericht in der Hamburgischen Sache

Fiscalis c. Hübbe, November 1858,

ausgesprochen worden ist.

Völlig verschieden hievon ist aber der Fall, wenn bei Gelegenheit der Verhandlung einer Rechtssache von Seiten einer Partei oder ihres Sachführers verletzende Aeußerungen gegen das Gericht vorgekommen sind, und es sich nun nicht um eine Beurtheilung dieser Aeußerungen, sondern um die Entscheidung der Hauptsache selbst handelt. Der einseitige Standpunkt, welchen die Partei bei Verfolgung und Vertheidigung ihrer Rechtssache einnimmt, verleitet sie oder den Sachführer leicht, sich über Verfügungen, die zu ihrem Nachtheil gereichen, scharf, bitter und selbst ungebührlich auszulassen. Namentlich bietet die Ausführung von Rechtsmitteln und die dabei zu

übende Kritik des richterlichen Verfahrens oder Urtheils häufig einen Anlaß zu solchen Ausschreitungen. Der Richter, welchem diese psychologische Erfahrung hinlänglich bekannt ist, wird dergleichen Excesse, soweit immer möglich, aus dem Bestreben wirksamer Rechtsvertheidigung erklären, und in gewöhnlichen Fällen kann mit Zuversicht vorausgesetzt werden, daß er sich dadurch zu einer persönlichen Mißstimmung in keiner Weise werde hinreißen lassen. Wo die Wahrung des Anstandes und der Würde des Richteramtes es ihm nöthig erscheinen läßt, wird er die ungebührlichen Aeußerungen entweder selbst disciplinarisch ahnden oder die erforderlichen Schritte thun, um ihre anderweite Bestrafung herbeizuführen, in der unparteiischen Beurtheilung der Haupsache aber sich nicht beirren lassen. Nur in Fällen ganz ungewöhnlicher Art, wo der Excedent sich offenbar nicht mehr auf dem Boden der Vertheidigung seiner Rechte bewegt, sondern willkührlich die Gelegenheit ergriffen hätte, dem Gerichte schwere Beleidigungen zuzufügen, könnte möglicher Weise jene dem Richter zur Seite stehende Voraussetzung beeinträchtigt werden.

Obwohl nun die Ausdrücke, mit welchen der jetzige Recusant auf S. 8—13 seiner am 5. November 1863 übergebenen Nichtigkeitsbeschwerde das Urtheil des Obergerichts angegriffen hat, sich mehrfach nicht in den Grenzen gebührender Mäßigung gehalten haben, so liegt doch ein Ausnahmsfall der letztgedachten Art hier keineswegs vor; und es genügt in dieser Hinsicht darauf zu verweisen, daß das O.-A.-Gericht, abgesehen von der dem Querulanten aufgegebenen Reinigung von einigen noch heftigeren Aeußerungen, sich zu einem weiteren Einschreiten gegen denselben nicht veranlaßt gesehen hat.

Bremen. 57.

Untersuchungssache wider Johann Ellmers zur Hemme in Arsten, wegen betrüglichen Bankerotts, und wider Daniel Gottfried Haberjan zu Bremen, wegen Beihülfe.

In dieser Untersuchungssache, in welcher die Angeklagten vom Obergerichte wegen betrüglichen Bankrotts resp. Beihülfe zu demselben in eine Gefängnißstrafe von 8 Monaten resp. 8 Wochen verurtheilt worden waren, erkannte das Ober-Appellationsgericht auf völlige Freisprechung, nachdem zuvor in Folge einer Beschwerde des Ellmers eine Vervollständigung der Untersuchung, namentlich mit Rücksicht auf das Ergebniß des inzwischen beendigten Concursverfahrens, angeordnet worden war.

1) Erkenntniß des Obergerichts
vom 2. Mai 1864.

Der Landmann Johann Ellmers zur Hemme in Arsten zeigte am 26. Januar d. J. seine Insolvenz an, und es wurde am 5. Februar vom provisorischen Güterpfleger Dr. A. Castendyk gegen ihn die Denunciation [1] eingereicht, da der Verdacht, daß Verschleppungen aus der Masse stattgefunden hatten, entstanden war. Dieser Verdacht hat sich durch die Untersuchung nicht nur als begründet herausgestellt, sondern es sind auch anderweitige betrügliche Handlungen des Falliten ans Licht gekommen.

Die Inculpaten sind nämlich:

1) geständig und überführt, ein zur Masse des Ellmers gehöriges Pferd, einen Schimmel, der beim Rennen einen Preis gewonnen hatte, am 31. Januar zu dem Gastwirth Linkmeyer in Bremen gebracht und von da dasselbe einige Tage später in den Stall des Wirthes Rullhusen geführt

zu haben. Haberjan in Begleitung des Ellmers führte am Sonntag den 31. Januar das Pferd nach Bremen zu Linkmeyer, wo Ellmers Alles in Betreff des Pferdes anordnete. Am folgenden Donnerstag kam Haberjan, holte das Pferd ab, wobei er das Stall- und Futtergeld für dasselbe mit 2 ℛ 66 Gr. bezahlte und brachte es dann zu Rullhusen, wohin auch Ellmers kam und das Pferd im Stalle sah. Bei Linkmeyer und resp. bei Rullhusen wurden von den Inculpaten unwahre Angaben hinsichtlich des Eigenthümers des Pferdes gemacht, und nach eröffneter Untersuchung noch versuchten die Inculpaten ihre Kunde darüber, wo sich das Pferd befand, in der Absicht, es der Masse zu entziehn, zu verleugnen, bis das Pferd bei Rullhusen entdeckt wurde. Der Werth des Pferdes wird von Ellmers auf etwa 30 Pistolen angegeben, während nach der Aussage des Zeugen Bierwirth dem Inculpaten „eine enorme Summe," wie Zeuge meint 900 ℛ, und nach der Denunciation [1] 700 ℛ geboten, in der Feuerversicherungspolice [3] vier Pferde zum Werthe von 800 ℛ à 200 ℛ angegeben sind, so daß muthmaßlich der Werth des qu. Pferdes ein höherer als 150 ℛ gewesen sein wird. Da Haberjan seit einiger Zeit schon viel bei Ellmers verkehrte, und Kunde von der Insolvenz-Erklärung desselben hatte, so kann kein Zweifel darüber obwalten, daß er der Beihülfe zu der Verschleppung, die nach

§ 257 der Fallitordn.

als betrüglicher Bankrott zu ahnden ist, für überführt zu halten sei.

Außer dem gedachten Pferde sind noch verschiedene andere Masse-Gegenstände bei der am 3. Februar stattgehabten Inventur nicht aufgegeben, namentlich zwei Kühe, Ackergeräthschaften, Betten und Getreide. Diese haben sich bei einer am 14. Februar vorgenommenen nachträglichen Inventur vorgefunden. Da indeß nicht der Fallit Ellmers, sondern statt seiner der Coinculpat Haberjan die Gegenstände zur Inventur am 3. Februar anwies, während Ellmers als krank im Bette lag, und möglicherweise, wie dies von dem Curator

Dr. Castendyk in Betreff eines Theiles zugegeben wird, die in verschiedenen Localitäten des Gutes Hemme befindlich gewesenen Gegenstände bei der ersten Inventur übersehen sein können, so kann der Thatbestand einer Verheimlichung dieser Massegegenstände als vollständig hergestellt nicht angenommen werden.

2) In dem von dem Falliten Ellmers eingereichten Status [2] der adj. Acten ist eine Obligationsforderung von J. H. F. Fröhlich zum Betrage von 1025 ℳ aufgeführt. Auch hat der Inculpat vor den Notaren Dr. Tetens und Dr. Post eine Obligation zu Gunsten des J. H. F. Fröhlich ausgestellt, in welcher der erstgenannte erklärt, von dem Gläubiger die Summe von 1025 ℳ zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Posten erhalten zu haben. In Wirklichkeit existirt jedoch eine solche Forderung überall nicht, Haberjan ist mehrere Male allein und einmal mit dem Ellmers bei Fröhlich gewesen, von dem, wie Ellmers angiebt, Haberjan ihm gesagt, derselbe wolle dem Ellmers sein Inventar abkaufen; Haberjan stellt dies in Abrede, giebt jedoch zu, daß, als er mit Ellmers bei Fröhlich gewesen, über Geldnegociationen gar nicht gesprochen sei, und daß er von Fröhlich den Ellmers zu den Notaren begleitet habe, will aber nicht gewußt haben, daß Ellmers seine Insolvenz werde anzeigen müssen, während der letztere gradezu behauptet, Haberjan „habe die ganze, Geschichte eingerührt" und ihn nicht nur zu Fröhlich, sondern auch zu den Notaren geführt und zur Ausstellung der Obligation veranlaßt. Da Fröhlich den Ellmers gar nicht gekannt hat, und es allen vorliegenden Umständen nach außer Zweifel ist, daß dem Haberjan sowohl die Insolvenz des Ellmers als auch daß gegen diesen dem Fröhlich keine Forderung zustehe, bekannt gewesen sei, so ist Haberjan nicht nur der Mitwissenschaft, sondern auch der Beihülfe zu diesem Betruge des Ellmers, welcher für letzteren unter die Bestimmung des

§ 255 a. der Fallitordn.

fällt, zwar als dringend verdächtig, jedoch nicht für überführt anzunehmen, um die Absicht des Ellmers, diese Obligation

zum Zweck einer Handlung des betrüglichen Bankrotts zu benutzen und auszustellen, gewußt zu haben.

3) Gegenstand der Untersuchung ist endlich noch eine von Haberjan vorgenommene Fortschaffung einer Quantität dem Ellmers gehörig gewesenen Holzes geworden. Haberjan hat dies Holz vor der Insolvenz-Erklärung des Ellmers von dessen Gute fortgebracht und sich angeeignet, seiner Angabe nach aber mit Wissen und Willen des Ellmers, der es ihm als Bezahlung für die Dienste, die Haberjan geleistet, überlassen habe. Ellmers stellt diese Behauptung des Haberjan zwar entschieden in Abrede und hat nach Aussage des Zeugen Schomburg, bei dem Haberjan das Holz gelagert hatte, die Verabfolgung des Holzes an letzteren ohne vorgängige Zahlung zu verhindern gesucht, doch hat er hienach darum gewußt, daß Haberjan das Holz zu Schomburg gebracht hatte und ist daher eine criminell strafbare Handlungsweise des Haberjan nicht der Art indicirt, daß dieserwegen ein Straferkenntniß zu erlassen wäre.

Was hienach die wider den Inculpaten Ellmers wegen des sub 1 und 2 gedachten Betruges, und des Inculpaten Haberjan wegen Beihülfe zu ersterem zu erkennende Strafe anlangt, so ist dabei nach Maßgabe von § 259, § 261 der Fallit-Ordnung zu berücksichtigen, daß der Betrug mit großer Hartnäckigkeit und mehrfachen Machinationen durchgeführt ist, daß das Object desselben ein nicht unbedeutendes und der Masse dadurch ein erheblicher Schaden zugefügt werden konnte, welcher nur durch die nachträgliche Entdeckung der Verbrechen abgewandt ist, so wie ferner, daß Ellmers zwar wegen Uebertretung eines landherrlichen Befehls in eine Geldbuße, sonst aber bisher nicht verurtheilt ist, und Haberjan bisher nur wegen Gewaltthätigkeit mit zehntägigem Gefängniß bestraft ist, während eine gegen ihn wegen Betrugs und Fälschung eingeleitete Untersuchung zu einem Straferkenntnisse nicht geführt hat.

Demnach erkannt das Obergericht hiedurch für Recht:

daß der Inculpat Johann Ellmers wegen betrüglichen Bankrotts in eine Gefängnißstrafe von acht Monaten, und

der Inculpat Daniel Gottfried Haberjan wegen Beihülfe zu dem betrüglichen Bankrott in eine Gefängnißstrafe von acht Wochen, auch beide Inculpaten solidarisch zum Ersatz der Kosten der Untersuchung und ein Jeder von ihnen in die Kosten seiner Haft zu verurtheilen seien.

Das Criminalgericht wird mit der Eröffnung dieses Urtheils beauftragt und hat dasselbe die Sache behufs der Ausführung und öffentlichen Bekanntmachung dieses Urtheils an den Staatsanwalt abzugeben.

---

2) Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 19. Juli 1865.

Daß die Förmlichkeiten der Berufung für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 2. Mai 1864 aufzuheben und die Inculpaten von der Anschuldigung eines verübten betrüglichen Bankrotts resp. der Beihülfe zu solchem, sowie von allen Kosten freizusprechen seien.

Entscheidungsgründe.

I. Johann Ellmers ist durch das angefochtene Erkenntniß des betrüglichen Bankrotts schuldig erachtet und in eine Gefängnißstrafe von 8 Monaten verurtheilt worden, weil

1) derselbe, nachdem am 25. Januar 1864 in seinem Auftrage von Dr. Castendyk eine Insolvenzanzeige beim Obergerichte überreicht und noch an demselben Tage ein Veräußerungsverbot erlassen worden ist, am 31. desselben Monats (vor bewirkter Inventuraufnahme) unter Beihülfe des Mitangeschuldigten Haberjan ein ihm gehöriges Pferd — die Schimmelstute Hanne, womit er beim Wettrennen einen Preis gewonnen — von seinem Hofe zur Hemme weg nach Bremen gebracht, dort eingestellt und noch nach eröffneter Untersuchung seine Kunde darüber, wo dasselbe sich befinde, verleugnet hat, und weil

2) in dem mit der Insolvenzanzeige eingereichten, von Ellmers unterschriebenen status bonorum

Concurs-Acten [2]

Joh. Heinr. Friedr. Fröhlich als „Obligationist“ mit einer Forderung von Ldor.-$ 1025. aufgeführt worden ist, während in Wahrheit eine solche Forderung gar nicht existirte.

In der von Dr. Setzer für Ellmers verfaßten Berufungsschrift:

O.-A.-Gerichts-Acten [3]

ist zwar nur die Beschwerde aufgestellt:

daß nicht eine geringere Gefängnißstrafe als die von 8 Monaten erkannt worden;

das O.-A.-Gericht konnte aber hierin — wie dies schon oft ausgesprochen worden ist — kein Hinderniß finden, auch die Frage, ob der Angeschuldigte des vom Obergerichte ihm zur Last gelegten Verbrechens für schuldig zu erachten sei, zum Gegenstande seiner Beurtheilung zu machen, und mußte sich zu einer eingehenden Prüfung dieser Frage um so mehr gedrungen fühlen, als Ellmers bei seiner von hier aus angeordneten weiteren persönlichen Vernehmung nunmehr selbst geltend gemacht hat: daß, da er immer mehr Activa als Passiva gehabt, seine Gläubiger auch keinen Schaden erlitten, und es nie seine Absicht gewesen, durch die ihm zur Last gelegten Handlungen dieselben zu beeinträchtigen, ein betrüglicher Bankrott gar nicht vorliege.

Unterf.-Acten Prot. p. 43 i. f., 44.

Die fragliche Prüfung hat ergeben, daß schon auf Grund der vorliegenden Acten eine Freisprechung erfolgen muß, weshalb die vom Angeschuldigten in seiner Eingabe an's Criminalgericht vom 4. April d. J. und der damit überreichten neuen Vertheidigungsschrift gestellten Anträge, welche zunächst eine Vervollständigung der Untersuchung in verschiedenen Punkten bezwecken, sowohl ihrer formellen Zulässigkeit als ihrer materiellen Begründung nach dahin gestellt bleiben können.

Als betrüglicher Bankrottirer ist, nach § 254 der Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen vom 25. Mai 1843, derjenige anzusehen, „der sich in der Absicht, das Interesse einzelner Gläubiger oder der Gesammtheit derselben bei wirklicher oder vorgegebener Insolvenz zu beeinträchtigen, betrügliche Handlungen oder Unterlassungen zu Schulden kommen ließ.“ Zum Thatbestande des Verbrechens gehört also nothwendig entweder eine wirkliche oder eine vorgegebene Insolvenz.

A. Der Fall einer wirklichen Insolvenz liegt nicht vor, wie sich dies aus der Einsicht der eingezogenen Concursacten ergiebt. Man darf es als ausgemacht ansehen, daß der Erlös, den die zu einer Concursmasse gehörigen Vermögensstücke bei der Versteigerung ergeben, viel eher unter dem wahren Werthe zurückbleiben als denselben übersteigen wird. Auch liegen im gegenwärtigen Falle keine Momente vor, die auf eine zwischen der Insolvenzanzeige und der Zwangsversteigerung eingetretene Werthherhöhung der Ellmersschen Masse hinwiesen. Wenn daher die Realisirung dieser Masse nach Deckung sämmtlicher Passiven noch zu Gunsten des Ellmers einen Ueberschuß von 59 ₰ 11 Gr. ergeben hat,

Conc.-Acten [74] p. 6. vergl. Decret v. 1. Decbr. 1864 p. 9. Prot.

so darf daraus zu dessen Gunsten gefolgert werden, daß so wenig zur Zeit der Insolvenzanzeige, am 26. Januar, als am 14. März 1864, wo vom Untergerichte der Concurs gegen Ellmers erkannt wurde, eine wirkliche Ueberschuldung desselben vorgelegen hat, und kann folgeweise auch von einem Verbrechen des betrüglichen Bankrotts, soweit dazu eine wirkliche Insolvenz vorausgesetzt wird, wegen Mangels des objectiven Thatbestandes nicht die Rede sein. Die Frage bleibt vielmehr nur

B. ob etwa die zweite, in § 224 cit. vorgesehene, Gestalt dieses Verbrechens: der Fall eines „bei vorgegebener Insolvenz“ gegen die Gläubiger verübten Betrugs vorliege. Der Thatbestand dieses Verbrechens würde, soviel

ad 1) die Beiseitebringung und Verleugnung des Rennpferdes betrifft, dann gegeben sein, wenn Ellmers, während er das Bewußtsein hatte, seine sämmtlichen Gläubiger befriedigen zu können, fälschlich, unter Verschweigung resp. Verheimlichung eines werthvollen Theiles seines Activvermögens, eine Insolvenz in der Absicht vorgespiegelt hätte, diesen Vermögenstheil seinen Gläubigern zu entziehen und nur den zur Deckung seiner Schulden nicht genügenden Rest zur concursmäßigen Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. Dieser Fall kann aber in keiner Weise als vorliegend angenommen werden. Entscheidend steht dem schon entgegen, daß auch nach Beseitigung des Pferdes das zur Befriedigung der Gläubiger verwendbare Activvermögen des Ellmers größer blieb als der Gesammtbetrag der darauf haftenden Schulden, jene Beseitigung also objectiv eine Beeinträchtigung der Interessen der Gläubiger gar nicht involvirte. Das fragliche Pferd ist nämlich, nachdem es aufgefunden und zur Masse gebracht worden, mit den anderen Moventien und Mobilien des Ellmers meistbietend verkauft worden, und hat einen Erlös von ₰ 250 geliefert:

Conc.-Act. [79] № 62.

Danach würde allerdings, ohne die Wiederherbeischaffung des Pferdes, die Masse, die nur einen Ueberschuß von 59 ₰ 11 Gr. zu Gunsten des Ellmers ergeben hat, zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger nicht hingereicht haben, vielmehr ein Deficit von beinahe 200 ₰ geblieben sein. Allein es kann bei der Frage, ob durch Verschleppung des Pferdes eine Unzulänglichkeit der Activmasse des Ellmers herbeigeführt worden, nicht auf den endlichen Ausgang des Concursverfahrens, sondern nur auf den Zeitpunkt ankommen, wo die Verschleppung stattgefunden hat. Damals aber waren die bedeutenden Kosten, die durch das Debitverfahren veranlaßt sind, noch nicht, oder doch jedenfalls nur zu einem nicht in Betracht kommenden Theile entstanden. Dahin gehören insbesondere

1) Gerichtskosten, nach [8] . . .	₰	19. 62	Gr.
2) Kosten des Immobiliarverkaufs, nach [75] sub 1 a.	„	40. 14	„
3) Kosten der Mobiliar-Versteigerung nach [79] und [80] . .	„	68. 12	„
4) Procente des Curators, nach [81]	„	50. 23	„
5) Kostenrechnung desselben in [87]	„	106. 10	„
zusammen:	₰	285. 27	Gr.

Um diesen Belauf erhöht sich folgeweise jener Ueberschuß von 59 ₰ 11 Gr., so daß zur Zeit der Insolvenzerklärung der Mehrwerth der Activa im Verhältniß zu den Passiven wenigstens 344 ₰ 38 Gr. betrug. Zieht man hiervon die für das Pferd erlösten 250 ₰ ab, so bleibt noch immer ein Mehrwerth von beinahe 100 ₰. Selbst wenn also Ellmers die directe oder indirecte Absicht gehabt hätte, durch Beiseiteschaffung des Pferdes ein Deficit in der zur concursmäßigen Befriedigung der Gläubiger verbleibenden und bestimmten Masse herbeizuführen, so würde doch wegen Mangels eines dieser Absicht entsprechenden Erfolgs, der Thatbestand des hier in Frage stehenden Verbrechens nicht vorliegen. Es kann aber auch

2) nach Lage der Sache eine derartige Absicht des Ellmers gar nicht unterstellt und deshalb von Prüfung der Frage ganz abstrahirt werden, ob bei solcher Absicht — des Mangels im objectiven Thatbestande des hier fraglichen Verbrechens ungeachtet — nicht wenigstens ein strafbarer Versuch des betrüglichen Bankrotts angenommen werden müßte. Wenn nämlich auch, nach § 257 sub c. der mehrgedachten Verordnung, eine betrügliche Absicht des Falliten bei jeder unterbliebenen oder unrichtigen Angabe von Gegenständen der Masse vermuthet wird, so schließt dies doch eine Prüfung der concreten Umstände nicht aus. Vielmehr ist immer in Erwägung zu ziehen, ob diese Umstände nicht der Annahme einer betrüglichen Absicht im einzelnen Falle entgegenstehen, oder dieselbe doch in solchem Grade zweifelhaft machen, daß jene Vermuthung dadurch entkräftet wird. In dieser Rich-

tung ist nun freilich die gegenwärtige Untersuchung gar nicht geführt worden. Indessen ergeben sich aus den vorliegenden Acten bereits erhebliche zu Gunsten des Inculpaten sprechende Momente. Hierhin gehört vor allen Dingen, daß gar nicht angenommen werden kann, Ellmers habe sich über den wahren Stand seiner Vermögensverhältnisse der Art getäuscht, daß — während in Wirklichkeit die Activa auch nach Beiseiteschaffung des Rennpferdes die Passiva überstiegen — er sein ganzes Verfahren auf die umgekehrte Voraussetzung gegründet hätte. Daß von seiner Seite eher ein noch günstigeres Verhältniß unterstellt wurde, als sich durch den Ausgang des Concursverfahrens herausgestellt hat, dafür spricht — abgesehen von der bereits erwähnten bekannten Erfahrung, daß ein Verkauf im Wege der Zwangsversteigerung nicht ein dem wahren Werthe der Gegenstände entsprechendes Resultat zu liefern pflegt, — namentlich die zu den Untersuchungs-Acten gekommene Feuerversicherungspolice vom 11. November 1863, im Beihalte des an demselben Tage (kaum 2 Monate vor der Insolvenzanzeige) vom Inculpaten gestellten Versicherungsantrags:

Unterf.-Act. [3. 6],

worin er seine Mobilien und Viehstand erheblich höher veranschlagt hat, als zu den durch die Zwangsversteigerung erlös'ten Preisen:

Unterf.-Act. [3] u. [6] vergl. mit Conc.-Act. [79]

Ueber den Hof zur Hemme findet sich ein ähnlicher Anschlag nicht bei den Acten. Erwägt man indeß, daß dem Inculpaten darauf für 15,000 ℛ Handfesten verwilligt:

Conc.-Act. [1] [10] u. [75]

und daß bei der Versteigerung darauf zuerst 18,050 ℛ geboten worden sind, welcher Kauf freilich nicht realisirt worden ist:

Ibid. [56] u [73]

so kann nicht wohl bezweifelt werden, daß Ellmers auch sein Immobiliarvermögen jedenfalls nicht zu einem geringeren Geldwerthe veranschlagt haben wird, als dem Preise von

℔ 16,401, wofür dasselbe schließlich im Concurse verkauft worden ist. Dem steht nicht entgegen, daß nach dem Berichte des provisorischen Güterpflegers vom 10. Febr. 1864:

Crim.-Act. [10.]

Ellmers diesen Hof im Jahre 1856 für nur ℔ 11,750. erkauft hat. Denn, abgesehen von der Steigerung des Preises solcher kleinen Höfe in den 8 Jahren von 1856 bis 1864, hat Ellmers nach eben jenem Berichte umfassende Bauten auf dem Hofe vorgenommen und dadurch den Werth desselben um ein Erhebliches gesteigert.

Daß der Angeschuldigte, ungeachtet er, seiner Ansicht nach, immer mehr Activa als Passiva gehabt, unter Vorlegung eines status bonorum, worin ein Deficit von Ldor.℔ 2225. berechnet ist, seine Insolvenz angezeigt hat, erklärt sich aus der Verlegenheit, in die er durch die von einem seiner Gläubiger wider ihn betriebene Execution, worin es bereits bis zur Pfändung seiner Kühe gekommen war, und das Scheitern eines mit seinem Hauptgläubiger Lassing geschlossenen Kaufcontracts über den Hof zur Hemme sich versetzt sah. Er hoffte, ein Moratorium zu erhalten, worauf auch der Antrag der Insolvenzanzeige gerichtet war, und binnen der durch Einleitung des Debitverfahrens gewonnenen Frist gerichtlich oder außergerichtlich ein Arrangement mit seinen Gläubigern zu erzielen:

cf. Conc.-Acten [1] u. [55]
Unters.-Acten Prot. p. 36 u. 37;

indem er nach § 133 sub a. der Fallit-Ordnung nicht unberechtigterweise erwarten konnte, daß er in Folge der von ihm angezeigten Insolvenz über deren Ursachen und die Beschaffenheit des Activ- und Passivstandes persönlich vernommen werden und hierdurch Gelegenheit erhalten werde, die Gläubiger von seiner vollkommenen materiellen Zahlungsfähigkeit zu überzeugen und solchergestalt das gewünschte Arrangement herbeizuführen. In der That war eine persönliche Vernehmung des Ellmers um so mehr indicirt, als der provisorische Güterpfleger in seinem Berichte vom 10. Febr. selbst erklärt hat,

daß ihm über den wahren Werth des Hofes jedes Urtheil fehle, das Vorhandensein von Handfesten im Betrage von ℛ 15,000. aber gegen den im status bonorum gemachten Anschlag auf nur ℛ 14,000. von vorneherein Bedenken erregen mußte.

Es kommt hinzu, daß das am 26. Januar vom Obergerichts-Präsidenten erlassene und am 31. ejusd. vom Obergerichte bestätigte Veräußerungsverbot:

Conc.-Acten [4] [6]

nicht Ellmers persönlich, sondern seinem durch die Vollmacht in [2] ibid. legitimirten Vertreter Dr. Castendyk behändigt worden ist. So sehr dies privatrechtlich für ausreichend zu erachten, so muß doch in strafrechtlicher Beziehung dem Inculpaten, der offenbar nur ein einfacher Bauer ist, dessen Rusticität aus den Acten genugsam sich ergiebt, zu Gute kommen, daß ihm eine directe Belehrung über die Folgen der von ihm vorgenommenen Insolvenzanzeige nicht geworden ist.

Wenn der Angeschuldigte, ohne sich über die rechtliche Sachlage eine vollkommen klare Vorstellung zu machen, im guten Glauben, daß sein Vermögen — auch abgesehen von dem Rennpferde, welches, wenn auch an sich werthvoll, doch im Verhältnisse zum Werthe des Immobile's nur einen sehr unbedeutenden Theil jenes Vermögens bildete, — zur Deckung seiner sämmtlichen Schulden hinreiche, und in der Erwartung, daß es gar nicht zum Concurse kommen, sondern ein Arrangement mit den Gläubigern gelingen werde, jenes Pferd, welches ihm besonders am Herzen lag, und welches er unter allen Umständen sich zu erhalten wünschte:

Unters.-Acten Prot. p. 7.

bei Seite brachte und verleugnete, so kann unter solchen Umständen eine Absicht oder auch nur das Bewußtsein desselben, hierdurch das Interesse seiner Gläubiger zu beeinträchtigen, nicht angenommen werden.

Was sodann

ad 2) die Aufnahme einer nicht existirenden Forderung in den status bonorum betrifft, so ist durch die Untersuchung

festgestellt worden, daß am 23. Januar 1864 (also drei Tage vor der Insolvenzerklärung) Ellmers eine zu Gunsten des Joh. Heinr. Friedrich Fröhlich lautende Obligation über 1025 ℱ bei Dr. Tetens ausgestellt hat:

Unters.-Acten Prot. p. 24. 26. 29. 30.

Daß diese Obligation, die nicht zu den Acten gekommen ist, an Ellmers ausgehändigt worden, ist nirgends gesagt, aber als selbstverständlich anzusehen. Ebenso daß dieselbe über ein Darlehen ausgestellt war und eine Generalhypothek enthielt. Dagegen kann der Aussage des Dr. Tetens, daß nach Angabe seine's Schreibers, in der Obligation gestanden: „Ellmers habe zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Posten das Geld erhalten," keine Beweiskraft beigelegt werden.

Die Betheiligten sind ferner darüber einverstanden, daß an demselben Tage und unmittelbar vor Ausstellung der Obligation Ellmers mit Haberjan bei Fröhlich gewesen ist, nachdem Haberjan vorher wiederholt bei Letzterem angefragt hatte, ob er Geld zu belegen habe. Doch ist es bei dieser Gelegenheit zu einem Gespräche über den Geldpunkt gar nicht gekommen:

Ibid. p. 23. 29. 35. 36. 38.

Während nun die Verhandlungen mit Fröhlich keinen weiteren Fortgang genommen haben, sind in dem vom 26. Januar 1864 datirten, von Dr. Castendyk aufgesetzten und von Ellmers unterschriebenen status bonorum:

Conc.-Acten [2]

cf. Unters.-Acten Prot. p. 14.

nach den Handfesten und vor den Buchgläubigern, als Obligationisten aufgeführt:

Joh. Heinr. Friedr. Fröhlich mit ℱ 1025.

Dr. El. Meyer Erben mit ca. . . . . 15.

Ellmers hat in der Untersuchung erklärt: Als er Dr. Castendyk beauftragt, seine Insolvenz anzuzeigen, habe er ihm ungefähr den Status angegeben. Die Fröhlichsche Obligation habe er „so mit angegeben," weil dieser das Inventarium für ihn habe ankaufen wollen.

Ibid. p. 25.

Diese seine Voraussetzung beruhe auf einer durch Haberjan ihm beigebrachten Annahme, daß Fröhlich ihm helfen werde, ohne daß er von diesem selbst bestimmte Zusicherungen erhalten, da sie noch gar nicht über den Geldpunkt gesprochen hätten.

Ibid. p. 35. 36.

Zu weiteren Auslassungen darüber, was er bei der betreffenden Aufgabe an Dr. Castendyk eigentlich sich gedacht resp. bezweckt habe, ist — so nahe dies auch lag — der Angeschuldigte nicht veranlaßt worden.

Anlangend nun die Frage nach der Strafbarkeit des hier geschilderten Verhaltens des Ellmers, so würde die Bestimmung des § 255 sub a. der Fallitordnung, auf welche das angefochtene Erkenntniß die Verurtheilung gründet, nur dann zur Anwendung kommen können, wenn feststände, daß die objectiv allerdings vorliegende Entstellung der Vermögenslage aus der Absicht des Ellmers, das Interesse einzelner Gläubiger oder der Gesammtheit derselben zu beeinträchtigen, hervorgegangen wäre. Ein Fall, wo diese Absicht gesetzlich vermuthet wird, liegt nicht vor. Insbesondere kann von der Vorschrift des § 257 sub c. kein Gebrauch gemacht werden, weil hier, wie überall, wo das Gesetz eine Präsumtion gegen den Angeschuldigten gelten läßt, die stricteste Interpretation geboten ist und unter „Gegenständen der Masse" nur Activa, nicht Schulden, verstanden werden können. Es bedürfte also eines stringenten Beweises der auf Beeinträchtigung des Interesses seiner Gläubiger gerichteten Absicht des Ellmers. Die Untersuchung ist in der That auf Herstellung dieses Beweises noch gar nicht gerichtet gewesen, und es würde einer Vervollständigung derselben in dieser Richtung bedürfen, wenn nicht die allgemeine Sachlage so sehr zu Gunsten des Angeschuldigten spräche, daß eine Freisprechung desselben auch in Beziehung auf diesen zweiten Anschuldigungspunkt jetzt schon erfolgen kann. Die betrügliche Absicht würde im vorliegenden Falle darin bestehen, daß Ellmers darauf ausgegangen wäre, der fingirten Fröhlichschen Forderung mit dem Effecte Anerkennung zu verschaffen, daß ein Theil der Masse darauf ange-

wiesen und eben dadurch den wirklichen Gläubigern etwas entzogen werde, was von Rechtswegen ihnen gebührte. Es ist aber gar nicht abzusehen, wie Ellmers sich irgend hätte Hoffnung machen können, ohne Mitwirkung des fingirten Gläubigers einen derartigen Betrug gegen die wirklichen Gläubiger durchzuführen, und wie er denselben daher, ohne sich im Voraus dieser Mitwirkung zu versichern, hätte unternehmen sollen. Mit Fröhlich aber hatte Ellmers über die Sache noch gar nicht gesprochen, und ebensowenig hat er etwa nach der Insolvenzerklärung, obgleich es ihm an Zeit hierzu nicht gebrach, und die Mitwirkung des Fröhlich jedenfalls vor dem auf den 10. Februar 1862 bestimmten ersten Verhandlungstermine in der Debitsache zu gewinnen gewesen wäre, irgend eine Verständigung mit demselben versucht.

Kommt nun noch hinzu, daß nach den Ausführungen ad 1) Ellmers nicht auf den Eintritt des förmlichen Concurses speculirte, sondern vielmehr denselben durch ein Moratorial- und Accordverfahren resp. außergerichtliche Verständigung mit seinen Gläubigern abzuwenden hoffte, so ist vollends nicht einzusehen, wie dabei eine fingirte Forderung des Fröhlich zum Nachtheile der übrigen Gläubiger hätte benutzt werden sollen. Es gewinnt vielmehr die höchste Wahrscheinlichkeit, daß die Fröhlichsche Forderung nur durch ein Mißverständniß Aufnahme in den Status bonorum gefunden habe. Ein solches war um so leichter möglich, als Ellmers in der Hoffnung, daß Fröhlich ihm helfen werde, bereits ein Schulddocument über die Summe von 1025 ₰ zu Gunsten desselben ausgestellt, aber freilich noch in Händen hatte und solchergestalt wohl von einer Fröhlichschen Obligation im fraglichen Betrage die Rede sein konnte. Der Umstand, daß Ellmers den Status bonorum unterschrieben hat, schließt die Annahme eines solchen Mißverständnisses nicht aus, da gegen den Inculpaten bei seiner Rusticität und actenkundigen Indolenz

cf. Unters.-Acten Prot. p. 9, 12 i. f. 13. 18. 22. 26.

nicht wie gegen einen sachkundigen und in seinen Angelegenheiten sorgsamen Geschäftsmann ohne Weiteres die Vermu-

thung Platz greift, daß er ein von seinem Rechtsbeistande ihm vorgelegtes Document nicht, ohne sich von dessen Inhalt genaue Kunde und ein klares Verständniß zu verschaffen, unterschrieben haben werde.

II. Gegen Daniel Gottfried Haberjan ist wegen Beihülfe zum betrüglichen Bankrott des Ellmers eine Gefängnißstrafe von 8 Wochen verhängt worden, weil er bei der Verschleppung des Rennpferdes sich betheiligt hat. Was die Aufnahme der Fröhlichschen Obligation in den Status bonorum anlangt, so erklären die obergerichtlichen Entscheidungsgründe, daß Haberjan nicht nur der Mitwissenschaft, sondern auch der Beihülfe zu diesem Betruge zwar als dringend verdächtig, jedoch nicht als überführt anzunehmen sei. Es liegt also in Beziehung auf diesen Anschuldigungspunkt, wenn auch im Decisum nicht besonders ausgedrückt, eine Entbindung von der Instanz vor.

Der Angeschuldigte hat seine erste Beschwerde darüber erhoben, daß er in eine Gefängnißstrafe von 8 Wochen verurtheilt und nicht vielmehr frei gesprochen sei. Und dieser Beschwerde mußte entsprochen werden. Denn da, nach den Ausführungen unter I., der Fall eines von Ellmers verübten betrüglichen Bankrotts gar nicht vorliegt, kann Haberjan auch der Beihülfe zu einem solchen Verbrechen sich nicht schuldig gemacht haben. Die zweite und dritte Beschwerde dieses Angeschuldigten, das Maaß der Strafe und die verfügte öffentliche Bekanntmachung des Strafurtheils betreffend, finden dadurch von selbst ihre Erledigung.

III. Anlangend die Nebenpunkte, so war als regelmäßige Folge der Freisprechung in der Hauptsache, von welcher abzuweichen hier kein Grund vorliegt, auch eine Entbindung der Angeschuldigten von allen Kosten auszusprechen.

Frankfurt. 58.

Gemai Homburger zu Frankfurt, Kläger und Widerbeklagter, wider **Carl Philipp Büchler** daselbst, Beklagten und Widerklägern, Forderung aus Commissionsgeschäften betreffend.

---

1) Rechte des Commissionairs aus Art. 374. 375 und 376 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs.

2) Die Unterlassung der sofortigen Anzeige von der Ausführung der Commission berechtigt den Committenten nach Art. 361 und 362 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs nicht zu der Weigerung, das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen anzuerkennen.

Rechtsfall. Der Kläger kam am 14. Novbr. 1863 beim Stadtgericht mit einer Vorstellung ein, worin er vortrug, er habe im Auftrage des Beklagten am 20. August 1863 6000 Dollars 6 procentiger 1882er Amerikanischer Obligationen zum Course von 76¼ Procent erkauft, gegen Zahlung zu beziehen, und da Beklagter den Betrag nicht eingezahlt, diese deshalb zunächst prolongirten Effecten beziehen müssen und den Betrag mit 11,930 fl. ausgelegt. Nachdem er den Beklagten fortwährend schon im October wegen Bezugs gemahnt, aber immer vergeblich, habe er (wie er nachwies) ihn am 13. November durch einen Notar auffordern lassen, am nächsten Tage seiner Bezugs- und Zahlungspflicht nachzukommen, bei Vermeidung, daß Kläger sonst nach Art. 310 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs mit dem Verkaufe verfahren werde. Da nun Beklagter auch dieser Aufforderung nicht genügt habe, die fraglichen Effecten aber laut Coursblattes bereits auf 67⅛ — 67¾ Procent gewichen seien, so bitte Kläger, ihn zum Verkauf zu ermächtigen. Als Bescheinigung brachte er einen Auszug seiner Strazze bei, nach welcher Beklagter debitirt war:

„№ 12. Für die am 20. August gekauften und bezogenen Doll. 6000. 6 % 1882er Amerikaner rc. fl. 11,930."

Das Stadtgericht deferirte am 16. November diesem Antrage, und laut Schlußacte des Wechselmaklers Bender sind die fraglichen Obligationen am 18. November verkauft worden zu $63\frac{1}{8}$ Procent.

Die am 8. December 1863 beim Stadtgerichte erhobene Klage auf Bezahlung der zu fl. 1986. 45 kr. berechneten Differenz bezog sich auf den Inhalt der obigen Vorstellung und beantragte die Adjunction der betreffenden Acten, welche auch verfügt ward. In seiner Antwort auf diese Klage leugnete der Beklagte, den Kläger überall zum Ankauf der fraglichen Obligationen beauftragt zu haben und daß sie von demselben bezogen und mit 11,930 fl. bezahlt seien. Auch wandte er ein, daß der Kläger ihm von dem Ankauf niemals Nachricht gegeben habe, und bat um Abweisung der Klage.

Nach weiteren Verhandlungen, deren Inhalt, soweit in Betracht kommend, sich aus den unten mitzutheilenden Entscheidungsgründen ergeben wird, legte

das Stadtgericht

in seinem Erkenntnisse vom 29. Juni 1864 dem Kläger den Beweis auf,

> daß er im Auftrage des Beklagten am 20. August 1863 Doll. 6000. 1882er Amerikanische Obligationen zum Cours von $76\frac{1}{4}$ Procent angekauft **und nachfolgend bezogen, auch von dem erfolgten Ankauf Beklagten sofort in Kenntniß gesetzt habe;**

und bemerkte zur Motivirung der solchergestalt gefaßten Beweisauflage: „Da die Wahrheit dieser Thatsache zur Zeit nicht schon klargestellt erscheint, so hat Kläger desfallsigen Beweis zu übernehmen und, da derselbe nach Vollzug des ihm ertheilt gewesenen Auftrags jedenfalls zur sofortigen Nachrichtgebung an seinen Committenten verpflichtet war — Art. 361 des H.-G.-Buchs — auch dieser Pflicht mittelst des Briefes vom 21. Aug. nachgekommen zu sein behauptet, Beklagter aber jede Benachrichtigung, insbesondere den Empfang

des Briefs vom 21. August leugnet, auch in dieser Beziehung Beweis zu führen. Denn sollte Kläger in der That den Beklagten bezüglich des vollzogenen Einkaufs der Amerikaner in Unkenntniß gelassen haben, so würde die nach der Hand am 13. November an denselben gerichtete notarielle Bezugsaufforderung eine durchaus ungerechtfertigte gewesen sein und damit die dermalige Differenzforderung des rechtlichen Grundes entbehren."

Auf die vom Kläger wider diese Beweisauflage erhobene Beschwerde legte aber

das Appellationsgericht

in seinem Erkenntnisse vom 10. October 1864 den Beweis dem Kläger nur dahin auf:

daß er (Kläger) im Auftrage des Beklagten am 20. August 1863 Doll. 6000. 1882er Amerikanischer 6 % Obligationen gekauft habe.

Und diese Entscheidung ward ungeachtet der vom Beklagten dawider ergriffenen Berufung vom Ober-Appellationsgerichte aus folgenden im Wesentlichen mit denen der zweiten Instanz übereinstimmenden Gründen durch Erkenntniß vom 19. Juli 1865 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Gegenstand der vom Beklagten anher gebrachten Beschwerde ist nur, daß in dem Thema des vom Stadtgerichte dem Kläger auferlegten Beweises die beiden Sätze:

A. daß der Kläger die im Auftrage des Beklagten gekauften Amerikanischen Obligationen bezogen habe;

und

B. daß er von dem erfolgten Ankaufe den Beklagten auch sofort in Kenntniß gesetzt habe,

vom Appellationsgerichte wiederum gestrichen seien.

Es ist aber diese Beschwerde eine völlig unbegründete.

Was nemlich

ad A. den ersten Punkt betrifft, so ist es

1) ein nach gemeinem Rechte ausgemachter Satz, daß derjenige, welcher im Auftrage eines Anderen eine Sache gekauft hat, nicht bloß berechtigt ist, den Ersatz des bereits bezahlten Kaufpreises, sondern auch die Befreiung von der deshalb eingegangenen Verbindlichkeit zu verlangen:

L. 45 pr. § 2—5. D. mandati

ein Satz, dessen Anwendung auf das Commissionsgeschäft gar kein Bedenken hat.

Treitschke, vom Commissionshandel. S. 47.

Es war mithin im vorliegenden Falle der Kläger, wenn er die Amerikanischen Obligationen für den Beklagten in dessen Auftrage am 20. August 1863 gekauft hatte, auch falls sie von ihm noch nicht sollten bezogen und bezahlt gewesen sein, völlig berechtigt, den Beklagten so, wie von ihm geschehen, aufzufordern, seiner Bezugs- und Zahlungspflicht vor dem 14. Novbr. nachzukommen, widrigenfalls die Effecten für seine Rechnung und Gefahr würden verkauft werden. Denn nach Art. 374 und 375 des A. D. H.-G. hat der Commissionair dieses Verkaufsrecht nicht bloß wegen der auf das Commissionsgut gemachten wirklichen Aufwendungen und gegebenen Vorschüsse, sondern auch wegen der in Beziehung auf dasselbe von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten.

2) Nach Art. 376 des A. D. H.-Gesetzbuchs war der Kläger aber auch vollkommen berechtigt, die Amerikanischen Obligationen, welche er, wie er angiebt, vom Beklagten beordert war am 20. August 1863 zu kaufen, selbst als Verkäufer zu liefern, was er seiner Behauptung nach gethan hat.

St.-Ger.-Acten [20] S. 5.

War er aber das, so ist er nach eben diesem Artikel nur zu dem Nachweise verpflichtet, daß bei dem von ihm berechneten Preise der Börsenpreis vom 20. August, als dem Tage der Ausführung des Auftrags, eingehalten sei.

3) Die Gründe, welche der Beklagte für die Beibehaltung des gestrichenen Satzes geltend macht, sind unzureichend. Er meint,

a) der Kläger selbst habe in seiner Vorstellung vom 14. November 1863, welche, weil in der gegnerischen Klage ihrem ganzen Inhalte nach in Bezug genommen, einen integrirenden Theil derselben bilde, unter Verweisung auf seine Strazze angegeben, daß er die Obligationen, da Beklagter den Betrag nicht eingezahlt, habe beziehen müssen und den Betrag dafür ausgelegt habe: er müsse also diese Thatsache auch beweisen und könne nicht das Klagfundament ändern durch die Behauptung, der Beklagte sei ihm ersatzpflichtig, obgleich Kläger die fraglichen Obligationen nicht bezogen habe.

Allein

α) ist der Umstand, daß der Kläger die Obligationen wirklich bezogen und nicht bezahlt hatte, als er den Beklagten aufforderte sie seinerseits zu beziehen, nach dem Obigen für die Frage von der Ersatzpflicht ein unwesentlicher, so ist der Richter auch befugt, bei der Formulirung des Beweises von diesem Umstande abzusehen, da nur das dem Kläger zum Beweise auferlegt werden darf, was nothwendige factische Bedingung seines Rechts ist. Es steht aber auch

β) die Art, wie der fragliche Posten nach dem beigebrachten Auszuge aus des Klägers Strazze gebucht ist,

Acta adjuncta [3]

wenn man die Behauptung des Klägers, die Obligationen selbst geliefert zu haben, berücksichtigt, damit keineswegs in Widerspruch.

b) Der zweite Grund des Beklagten, daß der Kläger, wenn er die Obligationen selbst noch nicht bezogen gehabt, gar nicht in der Lage gewesen sei, ihn, den Beklagten, durch die Aufforderung, seinerseits sie zu beziehen, in mora zu versetzen, bedarf nach dem unter 1 und 2 Ausgeführten keiner besonderen Widerlegung mehr.

Anlangend

ad B. den zweiten vom Appellationsgerichte gestrichenen Satz des Beweisthema, so ist diese Streichung in der Hinsicht, daß die Unterlassung der sofortigen Anzeige von der Ausführung des Auftrags den Committenten nicht zu der

Weigerung berechtigt, das Geschäft für seine Rechnung gelten zu lassen, im vorigen Urtheile völlig zutreffend gerechtfertigt, und tritt zu den ausgeführten Gründen noch hinzu, daß jenes Recht des Committenten im Art. 362 des Handelsgesetzbuches demselben nur in dem Falle gegeben wird, wenn der Commissionair nicht gemäß dem erhaltenen Auftrage handelt, jene Bestimmung sich mithin nur auf den ersten Satz des Art. 361, nicht auf die weiteren Sätze bezieht.

Nun behauptet zwar der Beklagte in dieser Instanz, er habe bis dahin, wo ihn der Kläger am 13. November 1863 zum Bezuge der fraglichen Obligationen und zur Bezahlung des Betrages derselben von 11,930 fl. bis zum nächsten Tage, bei Vermeidung des gesetzlichen Präjudizes, notariell habe auffordern lassen, abseiten des Klägers noch überall keine Anzeige von dem fraglichen Ankaufe erhalten gehabt, habe mithin durch die notarielle Aufforderung nicht in mora versetzt werden können, und brauche aus diesem Grunde den Verkauf — der im Uebrigen als bewiesen rechtskräftig feststeht — als für seine Rechnung geschehen nicht gelten zu lassen. — Auch hat der Beklagte allerdings schon in erster Instanz in seiner Vernehmlassung diesen Einwand der Klage insofern entgegengestellt, als er dort behauptet, der Kläger habe ihm niemals von dem fraglichen Ankaufe Nachricht gegeben,

Stadtger.-Acten [7] S. 5. a. E.

ohne jedoch diesem Umstande ausdrücklich die rechtliche Folge zu geben, welche er jetzt aus ihm ableitet. Wollte man aber auch nicht aus diesem letzteren Grunde den Einwand als eine verspätete Einrede behandeln, so würde ihm doch jedenfalls Folgendes entgegenstehen.

Es hat nemlich der Beklagte die obige Behauptung der Vernehmlassung, auf welche er in dieser Instanz zurückkommt, bereits in der Duplik nicht mehr festgehalten, sondern wenigstens implicite wieder zurückgenommen. Zwar leugnet er hier die bestimmte Angabe des Klägers in der Replik, ihm bereits am 20. August auf seine persönliche Anfrage mündlich

und am 21. August schriftlich den Ankauf der fraglichen Obligationen angezeigt zu haben. Dagegen behauptet er andererseits in Erwiederung auf das Anführen des Klägers, daß er, Beklagter, allererst am 20. November die Belastung mit der Kaufsumme abgelehnt habe, das sei nicht wahr, er habe vielmehr „sofort von Anfang an, als ihm solche Belastung aufgehalf't werden sollte, dieselbe zurückgewiesen:"

Ebendas. [17] S. 8.

was ja ganz klar das Zugeständniß in sich schließt, daß ihm „sofort von Anfang an" der Ankauf als in seinem Auftrage gemacht vom Kläger angezeigt sei. Jedenfalls darf nach Art. 34 der Proceßordnung es in contumaciam als zugestanden angenommen werden, daß der Kläger den Beklagten im October 1863 zum Bezuge der Obligationen als in seinem Auftrage erkauft aufgefordert habe. Denn dies hat der Kläger in seiner Vorstellung vom 14. Novbr. 1863, welche die Parteien übereinstimmend als integrirenden Theil der Klagschrift behandelt wissen wollen (s. oben sub 3, a.), bestimmt angegeben

Acta adj. [1] S. 4

und das hat der Beklagte weder in seiner Vernehmlassung, noch auch in seiner Duplik geleugnet. Legt man aber nur dies als zugestanden zum Grunde, so erscheint der Einwand des Beklagten, daß er beim Verkauf der Obligationen am 18. November 1863 noch nicht in mora gewesen sei, als ein völlig grundloser.

Bei der aus diesen Gründen ergehenden Bestätigung des Erkenntnisses in der Hauptsache mußte es nicht nur bei der erkannten Compensation der Kosten voriger Instanz sein Bewenden behalten, sondern der Beklagte auch in die der gegenwärtigen Instanz verurtheilt werden.

59. Frankfurt.

C. A. von Schweitzer zu Darmstadt, Kläger und Widerbeklagter, wider **F. C. L. von Schweitzer** zu Fulda, Beklagten und Widerklägern, Forderung und Gegenforderung betreffend.

---

1) Die Behauptung, durch welche eine Partei in einem früheren Processe einen Vortheil für sich hat durchsetzen wollen, kann in einem späteren Processe vom Gegner nicht als Geständniß derselben wider sie benutzt werden.

2) Eine Partei kann die von ihr selbst bestrittene Behauptung des Gegners nicht zu Grunde legen, um bei der Beweisführung daraus für sich Günstiges zu folgern.

3) Die Aufnahme eines Darlehns kann unter Umständen die mehr oder weniger starke Vermuthung begründen, daß der Darleiher eine früher gegen ihn existent gewesene Forderung des Darlehnsempfängers inzwischen getilgt habe.

4) Juramentum decisorium in I. 39, 8 der Frankfurter Reformation.

Rechtsfall. Kläger belangte den Beklagten beim Stadtgerichte zu Frankfurt wegen verschiedener ihm gegebener Darlehen und für ihn gemachter Verwendungen nebst Zinsen und Kosten im Gesammtbetrage von 5650 fl. Beklagter bestritt die Forderung des Klägers bis auf zwei Posten aus im Jahre 1855 empfangenen verzinslichen Darlehen von resp. 1400 fl. und 600 fl., behauptete, daß derselbe wegen dieser Posten von ihm befriedigt sei und machte event. compensando und reconveniendo geltend: Kläger habe am 23. Mai 1845 durch Dr. Blum in Frankfurt für Rechnung des Beklagten 4837 fl. 11 kr. ausgezahlt erhalten (nemlich den nach Abzug der Erhebungskosten auf diese Summe sich ergebenden Betrag eines ihm mit 3000 fl. und seinen Kindern mit

2000 fl. aus dem Nachlasse der Generalin von Koestler zu München zugefallenen Legats) und solchen Betrag bisher nicht abgeliefert. Kläger nahm in Abrede, daß er wegen der Darlehen von zusammen 2000 fl. befriedigt sei, gestand den Empfang der 4837 fl. 11 kr. zu und behauptete, dieselben an den Beklagten abgeliefert zu haben.

Das rechtskräftig gewordene Erkenntniß des Stadtgerichts wies den Kläger in Betreff einiger unbedeutender Kostenansätze ab und legte im Uebrigen den Parteien die Beweise ihrer Behauptungen auf. Das demnächst auf die versuchte Beweisführung ergangene Erkenntniß des Stadtgerichts wurde vom Beklagten hinsichtlich der Ablieferung der 4837 fl. 11 kr. angefochten. Das Stadtgericht hatte nemlich den Kläger zum Erfüllungseide dahin zugelassen: „daß er den Beklagten für die für dessen Rechnung am 23. Mai 1845 eingenommenen 4837 fl. 11 kr. (oder wie viel weniger) befriedigt habe." Das Appellationsgericht erkannte abändernd dahin: „daß eidlich zu erhärten sei a) vom Kläger, daß er am 25. Mai 1845 dem Herrn Senator von Schweitzer im Auftrage und für Rechnung des Beklagten die Summe von 1000 fl. ausbezahlt habe; b) vom Beklagten, daß Kläger die von den für seine (Beklagtens) Rechnung empfangenen 4837 fl. 11 kr. restirenden 3837 fl. 11 kr. gar nicht oder welchen geringeren Betrag davon ihm, dem Beklagten, abgeliefert habe.

Kläger appellirte gegen dieses Erkenntniß; jedoch wurde dasselbe durch Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 7. September 1865 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

I. Kläger hatte zu beweisen, daß er dem Beklagten die für dessen Rechnung am 23. Mai 1845 eingenommenen 4837 fl. 11 kr. abgeliefert habe.

Gegenwärtig handelt es sich, da rechtskräftig feststeht, daß der Beweis einer für den Beklagten an den Senator v. Schweitzer geleisteten Zahlung von 1000 fl. bis zum Erfüllungseide des Klägers geführt worden, nur noch um die

Prüfung der klägerischen Beweisführung hinsichtlich des Restbetrages von 3837 fr. 11 fr.

Kläger vermeint auch diesen Beweis durch die von ihm so genannten starken Vermuthungen und Anzeigen, wenn nicht vollständig, so doch bis zum Erfüllungseide erbracht zu haben.

Aber mit Unrecht. Denn die von ihm vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen, aus denen er die Wahrheit oder doch Wahrscheinlichkeit des zum Beweise verstellten Factum folgern will, sind zum größten Theile in den Acten nicht erwiesen. Zum Theil sind dieselben irrelevant und schon deshalb unbeachtlich. Aber auch, soweit sie feststehen und relevant erscheinen, sind sie nicht geeignet, einen so hohen Grad von Wahrscheinlichkeit in Bezug auf das Beweisthema herzustellen, daß auf den Erfüllungseid des Klägers zu erkennen wäre.

1) Die Thatsache, auf welche Kläger zunächst Gewicht legt, Beklagter habe schon im Jahre 1845 beträchtliche Schulden gehabt, ist von letzterem nur hinsichtlich seiner Schuld von 1000 fl. an den Senator v. Schweitzer zugestanden, im Uebrigen aber geleugnet. Erst für das Jahr 1855, also für einen 10 Jahre später liegenden Zeitpunkt, giebt er zu in Geldverlegenheit gewesen zu sein. Ebensowenig ist von ihm eingeräumt, daß er im Jahre 1845 von der Unterstützung seiner Verwandten gelebt habe. Für beides liegt nichts weiter vor, als die Behauptung der Ehefrau des Beklagten in dem 1859 mit ihrem Ehemanne geführten Processe:

> vgl. Acta juncta in Sachen F. C. L. v. Schweitzer, Klägers, wider seine Ehefrau, Beklagte, Consens zum Hausverkauf betreffend [24] p. 28, 29 und [23] p. 17 und 18,

eine Behauptung, welcher offensichtlich für die gegenwärtige Sache gar kein Werth beigelegt werden kann.

2) Weiter hat Kläger — abgesehen von der nicht mehr zur Frage stehenden Zahlung an den Senator v. Schweitzer, — nur in ganz unbestimmter Weise vorgebracht: mit den Koestlerschen Legatengeldern seien Schulden des Beklagten bezahlt worden. Zwar ist die Annahme des Appellationsgerichts, Kläger habe hiermit behaupten wollen, die verein-

nahmten Gelder seien von ihm (dem Kläger) zur Bezahlung von Schulden des Beklagten verwendet, diese Behauptung aber, welche im Widerspruche mit seiner früheren Behauptung stehe, wonach das Geld an den Beklagten abgeliefert worden, sei verspätet, — allerdings nicht für zutreffend zu halten. Denn wenn Kläger in der Beweisantretung sagt: „mit jenem Gelde wurden Schulden des Beklagten bezahlt," so hat er damit seine schon in der Replik vorgebrachte Behauptung, erst durch diese Erbschaft sei der Beklagte in den Stand gesetzt worden, seine zahlreichen Schulden zu bezahlen, was er auch mit den Erbschaftsgeldern gethan habe, lediglich wiederholt, also etwas Neues überall nicht vorgebracht, da die Angabe in der Beweisantretung aus dem früheren Vorbringen des Klägers zu interpretiren ist und mit demselben sich in Uebereinstimmung befindet, auch die specielle Angabe des Klägers, er habe im Auftrage des Beklagten von dem fraglichen Gelde (sei es als nuncius oder als Mandatar desselben) 1000 fl. an den Senator v. Schweitzer ausbezahlt, gerade einen einzelnen Fall enthält, wie Beklagter das Geld zur Bezahlung seiner Schulden benutzt habe. Beklagter hat denn auch einen Widerspruch mit dem früheren Vorbringen in der bezüglichen Anführung der Beweisantretung nicht gefunden; er hat sich damit begnügt dieselbe abzuleugnen, so daß das Appellationsgericht ohne Grund vermeint, Beklagter sei nicht in der Lage gewesen, seine Einwendungen dagegen rechtzeitig vorzubringen. Aber wenn auch die formelle Zulässigkeit dieser klägerischen Behauptung ganz unbedenklich ist, so fehlt derselben doch jede nähere Specialisirung in Betreff der allein noch fraglichen 3847 fl. 11 kr., und Beweismomente enthalten die Verhandlungen auch hierüber nicht weiter als die mit dem klägerischen Vorbringen wenigstens hinsichtlich eines Theils des Koestlerschen Legats übereinstimmende Behauptung der beklagtischen Ehefrau in dem obengedachten Processe, welche um so bedeutungsloser ist, da schon damals der jetzige Beklagte derselben mit Bestimmtheit widersprochen hat.

3) Beklagter hatte in diesem Processe das Begehren seiner Ehefrau, Sicherheit für das seinen Kindern zugefallene Koestlersche Legat von 2000 fl. zu bestellen, damit abzulehnen versucht, nicht er, sondern seine Ehefrau habe dies Geld in Empfang genommen. Hieraus will Kläger ein Indicium zu seinen Gunsten ableiten, da Beklagter damit sage, daß er den Kläger nicht mehr als seinen Schuldner betrachte. Aber diese Angabe hat, wenn sie überall als ein außergerichtliches (freilich nur einem Dritten gegenüber gemachtes) Geständniß aufgefaßt werden könnte, darum keinen Werth für den Kläger, weil Beklagter sich darüber nicht geäußert hat, ob er die Empfangnahme durch seine Ehefrau als für sich verbindlich wolle gelten lassen. Nur wenn das letztere der Fall wäre, würde daraus ein Schluß auf die Liberirung des Klägers in Betreff der 2000 fl. zulässig sein. Daß aber Beklagter den Kläger durchaus nicht als liberirt ansehen wollte, ergiebt sich unzweideutig daraus, daß er im Verlaufe jenes Processes sich seine Ansprüche gegen den jetzigen Kläger ausdrücklich vorbehielt. Und was die Hauptsache ist: in jener Anführung des Beklagten ist ein Geständniß desselben keineswegs zu finden, sondern eine Behauptung, durch welche er damals einen Vortheil für sich durchsetzen wollte. Auf eine Behauptung dieser Art würde sich der jetzige Kläger zum Nachtheile des Beklagten selbst dann nicht berufen können, wenn der frühere Proceß, in dem sie aufgestellt wurde, zwischen denselben Parteien geführt wäre, wie viel weniger jetzt, da der frühere Proceß unter anderen Parteien verhandelt wurde.

4) Ein weiteres Indicium will der Kläger für sich entnehmen aus der Behauptung des Beklagten, er habe die 1855 geständlich vom Kläger entliehenen 1400 fl. und 600 fl. im Sommer desselben Jahres an denselben zurückgezahlt. Aber Kläger selbst hat diese Thatsache in Abrede genommen; er kann mithin aus derselben keine Schlußfolgerung zu seinen Gunsten ziehen, da er nicht seine eigene Sachdarstellung ignoriren und dafür die abgeleugnete Behauptung des Gegners substituiren darf. In unzutreffender Weise hat daher

das Stadtgericht die angebliche Zahlung der 2000 fl. mit zur Motivirung seines Erkenntnisses benutzt.

5) Irrelevant für die Beweisführung wäre es in jedem Falle, wenn der Sohn des Beklagten sein Zeugniß in dem gegenwärtigen Processe verweigert hätte. Aber die bezügliche Behauptung des Klägers ist actenwidrig, da der beklagtische Sohn gar nicht in Bezug auf den zur Frage stehenden, sondern für einen ganz anderen Beweissatz als Zeuge vorgeschlagen war.

6) Die Anführung des Klägers, Beklagter habe seine Schuld an den Kläger am 8. Febr. 1856 auf 4220 fl. 54 kr. anerkannt, ist vom Beklagten geleugnet, desgleichen, was Kläger in Betreff der dem Processe voraufgehenden Vergleichsverhandlungen vorgebracht hat (vgl. [12] act. des Stadtgerichts pag. 54 und 55 mit [13] ibid. pag. 68), nicht minder die vom Anwalt des Beklagten angeblich gemachte Aeußerung, Kläger habe die 4837 fl. 11 kr. nicht zurückbehalten ꝛc. — Alle diese Momente sind also, weil durch nichts in den Acten unterstützt, für die klägerische Beweisführung unbrauchbar.

7) Und so bleibt von allen klägerischen Anführungen nur die vom Beklagten eingeräumte Thatsache übrig, daß letzterer im Jahre 1855 Darlehen vom Kläger im Betrage von 2000 fl. aufgenommen und über diese Summe als empfangene zu 5 % verzinsliche Darlehen Schuldverschreibungen ausgestellt hat, während er, wenn er damals an den Kläger eine bedeutend größere Forderung hatte, die Zahlung derselben hätte begehren, die empfangenen 2000 fl. mithin als Zahlung auf seine Forderung ansehen und lediglich Empfangsbekenntnisse ausstellen können.

Es ist zunächst soviel klar, daß die l. 3. C. de apochis (10, 22) auf den gegenwärtigen Fall auch nicht analog angewendet werden kann, da es an jeder gleichartigen Voraussetzung fehlt. Aber eine gewisse, wenn auch nur geringe Wahrscheinlichkeit dafür, daß Beklagter den Kläger um ein Darlehen im Jahre 1855 nicht würde ersucht haben, wenn er, der damals

in Geldverlegenheit war, eine seit 10 Jahren fällige beträchtliche Forderung an den Kläger zu erheben gehabt hätte, wird immerhin durch die wiederholte Aufnahme zumal verzinslicher Darlehen begründet, und würde diese Wahrscheinlichkeit gesteigert werden, wenn feststände, daß Beklagter schon vor 1855 sich in drückender pecuniärer Lage befunden und trotzdem die Auszahlung seiner Forderung nie begehrt hätte. Aber alles dieses ist vom Beklagten bestritten. Er will namentlich auch den Kläger häufig gemahnt haben, zur Ausstellung der Schuldverschreibungen im Jahre 1855 aber nur geschritten sein, weil Kläger mit bloßen Empfangscheinen über geleistete Abschlagszahlungen sich nicht habe zufrieden geben wollen.

Aus der Thatsache allein aber, daß Beklagter, während er an den Kläger seit 1845 eine beträchtliche Forderung gehabt haben will, 1855 zwei verzinsliche Darlehen von demselben erhielt, kann eine so hohe Wahrscheinlichkeit dafür, Kläger habe die im Jahre 1845 für den Beklagten empfangene Summe an denselben ausgezahlt oder ihm abgeliefert, nicht gefolgert werden, daß Kläger dieserhalb zum Erfüllungseide zuzulassen wäre. Es mußte vielmehr bei dem vom Appellationsgerichte dem Beklagten verstatteten Reinigungseide verbleiben.

II. Da auf den Reinigungseid zu erkennen war, so bedarf es einer Erörterung darüber nicht, welche der beiden Parteien in Beihalt der Bestimmung der Reformation I. 39, § 8 zum Eide — s. g. juramentum decisorium — zuzulassen sei; denn es fehlt für den Kläger die Voraussetzung der Anwendbarkeit dieser Vorschrift: das Vorhandensein „ansehnlicher und starker Anzeigungen seines Vorbringens."

III. Auch bei der sich ganz dem Beweisthema anschließenden Eidesformulirung des Appellationsgerichts ist es zu belassen. Das Ergebniß der Beweisführung des Klägers führt nemlich nicht dahin, es irgend wahrscheinlich zu machen, daß (abgesehen von den an v. Schweitzer gezahlten 1000 fl.) die Befriedigung des Beklagten in anderer Weise erfolgt sei, als durch reale Ablieferung des Restbetrages. Ja Kläger ist in

seiner Beweisantretung selbst der Meinung, daß eine solche Ablieferung geschehen sei, da er beantragte, die Ehefrau des Beklagten darüber als Zeugin zu vernehmen, daß Kläger den Restbetrag des Koestlerschen Legats in der Zeugin Gegenwart dem Beklagten in Fulda ausgezahlt habe. Unter diesen Umständen liegt überall kein Grund vor, die Eidesformel anders zu fassen, als der Beweissatz lautet.

Hiernach mußten die Beschwerden des Klägers verworfen werden, und war derselbe zugleich in die Kosten der dritten Instanz zu verurtheilen.

Bremen. 60.

Anton Gerhard Hauschildt zu Bremen, Kläger, wider den Staatsanwalt in Civilsachen daselbst, in Vertretung der Convoy-Deputation, Beklagten, Forderung für Bauarbeiten betreffend.

---

1) Rechtliche Auffassung und Beurtheilung eines Baucontractes, in welchem der Besteller der Arbeit sich vorbehalten hat, „für schlecht befundene Arbeiten verhältnißmäßige Abzüge von der bedungenen Aversionalsumme zu machen, welche sich der Uebernehmer unweigerlich gefallen lassen muß."

2) Die gemeinrechtlich in Betreff der Unstatthaftigkeit einer Alles in das einseitige Belieben des einen Contrahenten setzenden Contractsclausel herrschenden Grundsätze sind auch heute noch gültiges Recht.

Der auf Bezahlung der Accordsumme für gelieferte Bauarbeiten gerichteten Klage setzte die Beklagte das Verlangen entgegen, auf Grund contractlicher Bestimmungen gewisse Abzüge wegen mangelhaft beschaffter Arbeit, und zwar nach ihrem Ermessen, machen zu dürfen. Dieser Anspruch

wurde von beiden ersten Instanzen verworfen, vielmehr erkannt, daß dem Kläger obliege, zu beweisen

entweder, daß er die ihm nach contractlicher Bestimmung obliegenden Materialien und Arbeiten geliefert,

oder, daß der Baudirector Berg die gelieferten Arbeiten abgenommen habe (replikarische Behauptung der Anerkennung und Gutheißung der Arbeit),

wogegen der Beklagten nicht nur der Gegenbeweis im Allgemeinen, sondern auch noch der selbstständige Beweis nachgelassen ward,

daß die Arbeiten und Lieferungen erhebliche, insbesondere die in [19] verzeichneten Mängel gehabt hätten.

Das Ober-Appellations-Gericht bestätigte am 9. September 1865 das in revisorio am 4. Februar 1865 abgegebene Erkenntniß des Obergerichts, und zwar aus folgenden Gründen:

Die Beklagte hat

I. unter der Bezeichnung 1 und 2 zweimal dieselbe Beschwerde aufgestellt, nämlich

daß nicht das Obergericht in revisorio die erhobene Klage — soweit sie nicht durch Zahlung des unbestrittenen Belaufes der klägerischen Forderung schon ihre Erledigung gefunden hatte — refusis expensis abgewiesen habe.

Diese Beschwerde ist

1) auf den Inhalt des § 15 des zwischen den Parteien geschlossenen Bau-Contracts gestützt, dahin lautend:

„Die Zahlung des (für die klägerischen Leistungen) stipulirten Betrages erfolgt nach vollendeter untadelhaft befundener und abgenommener Arbeit. — Die Convoy-Deputation behält sich indessen vor, für schlecht befundene Arbeiten verhältnißmäßige Abzüge von der bedungenen Aversionalsumme zu machen, welche (Abzüge) der Annehmer sich unweigerlich gefallen lassen muß;"

und zwar sucht die Beklagte aus diesem § für sich das Recht abzuleiten, dem Kläger auf dessen zum Betrage von ℱ 3384. 48 Gr. erhobene Forderung, wegen zufolge ihrer Behauptung

mangelhafter Ausführung eines Theils der in Rede stehenden Bauarbeiten einen gewissen, nach ihrseitigem endgültig entscheidenden Ermessen zu bestimmenden Abzug (von ℛ 634. 60 Gr. eventuell von ℛ 575. 44 Gr.) zu machen.

Die früheren Richter sind dem Kläger darin beigetreten, wenn er es bestritten hat, daß er sich in vorgedachter Weise den Ansichten und der Willensbestimmung der Beklagten, seiner Mitcontrahentin, ohne dawider rechtliche Entscheidung nachsuchen zu dürfen, unterwerfen müsse; sie haben demgemäß dem Kläger die den Umständen entsprechende, auch abgesehen von dem jetzt vorliegenden Streitpunkt beklagtischerseits nicht angefochtene Beweisauflage in Betreff seiner Berechtigung, den gesammten geforderten Belauf in Anspruch zu nehmen, gemacht. Hiergegen hat die Beklagte die oben angegebene Beschwerde erhoben, welche indessen nicht für begründet geachtet werden kann.

Müßte die Bestimmung des § 15 in der vorstehend angegebenen Weise, wie sie von der Beklagten auch noch in gegenwärtiger Instanz geltend gemacht wird, aufgefaßt werden, daß nemlich ihr alleiniges Ermessen in Betreff der Beurtheilung der von dem Kläger gemachten Leistungen und eventuell der ihm wegen etwaiger Mängel zu machenden Abzüge zu entscheiden habe, so würde sie als rechtlich unwirksam zu behandeln sein. Es ist unthunlich, contractliche Leistungen, sei es ihrer Existenz, sei es ihrer Beschaffenheit oder ihrem Umfange nach, von der einseitigen Willensbestimmung des Promittenten, resp. insofern es auf die Beurtheilung der Leistung des anderen Theils ankommt, des Promissars abhängig zu machen, und wo eine Bestimmung dieser Art getroffen worden ist, darf ihr keine Gültigkeit beigelegt werden.

L. 7 pr. Dig. de contr. emt. 18, 1.
L. 25 pr. Dig. locati 19, 2.
L. 75—79 Dig. pro socio 17, 2.
L. 17; 46. § 2; 108, § 1; 115 pr. Dig. de Verb. Oblig. 45, 1.
L. 15 Cod. de contr. emt. 4, 38.
L. 1 Cod. de dotis prom. 5, 11.

Freilich ist ein Contract des Inhalts den Umständen nach für wirksam zu halten, wenn die nähere Bestimmung einer von den Contrahenten im Allgemeinen verabredeten Leistung dem billigen Ermessen eines gewissen Dritten überlassen worden ist; allein wenn etwa der Dritte die von ihm verlangte Bestimmung nicht treffen könnte oder wollte, so ist auch dann der Contract unwirksam;

L. 25 pr. L. 75 Dig., L. 1, Cod. cit.,

wie denn die in einem solchen Falle von dem Dritten ausgehende Bestimmung im Falle der Ungerechtigkeit oder unzweifelhaften Unbilligkeit einer Anfechtung unterzogen werden darf.

L. 25 pr. L. 79 cit.

Die im Vorstehenden angegebenen Grundsätze haben auch nicht etwa im Laufe der Zeit ihre Wirksamkeit verloren, sie sind vielmehr in der Rechtsprechung des O.-A.-Gerichts, wie nicht minder in derjenigen anderer höchster Gerichte anerkannt worden.

z. B. Zamboni c. Tesdorpff Erben. Lüb. 1829.
Horstmann c. Sanders. Brem. 1842.
Fedder Carstens Nachf. c Brancker. Hamb. 1842.
Oberger. zu Wolffenbüttel 1859.
(Seuffert Bd. 13. S. 307)
Obertribunal zu Stuttgart 1862,
(das Bd. 15. S. 352)

Daß Verwaltungsbehörden im Allgemeinen, oder insbesondere Verwaltungsbehörden des Bremischen Staates, da wo sie, wie bei der vorliegenden Angelegenheit der Fall ist, unter der Herrschaft des Privatrechts contrahiren, von dem hier in Rede stehenden Grundsatze eximirt seien, läßt sich nicht behaupten.

Dem § 15 ist indessen das Verständniß, welches, wie vorbemerkt, die Beklagte als vorhanden geltend macht, schwerlich beizulegen, vielmehr darf man annehmen, daß hier einer der Fälle vorliegt, in welchen Contrahenten die Bestimmung einzelner Contractspunkte oder die Beurtheilung gewisser contractlicher Leistungen dem billigen Ermessen eines von ihnen

selbst anheimstellen, was nach den Gesetzen wirksamer Weise geschehen kann, so daß hier nicht Unverbindlichkeit der in Rede stehenden Stipulation, sondern die Berechtigung der Beklagten, das arbitrium boni viri selbst auszuüben, als vereinbart anzusehen ist.

arg. L. 24. pr. Dig. locati 19, 2.
L. 77. Dig. pro socio 17, 2.
L. 3. Cod. de dotis promiss. 5, 11.
L. 75. Dig. de legatis I.
L. 11. § 7. Dig. de legatis III.

Selbstverständlich ist aber dem Ergebnisse einer solchen dem einen Contrahenten eingeräumten Befugniß zur Ausübung des arbitrium boni viri keine größere Wirksamkeit beizulegen, als eine solche in dem Falle eintritt, wenn ein Dritter zum bonus vir bestellt worden ist, wo, wie oben angeführt worden, die Unrichtigkeit und resp. Unbilligkeit des Ausspruches vor dem ordentlichen Richter angefochten werden kann. Und daß hier nicht etwa der Fall einer eigentlich schiedsrichterlichen Entscheidung in Frage steht, welcher, „sive aequa sit, sive iniqua," Folge geleistet werden müßte, leuchtet von selbst ein.

L. 76. Dig. pro socio. 17, 2.
L. 27. § 2. L. 51. Dig. de receptis. 4, 8.

2) Die Berufung der Beklagten auf den § 13 des Bau-Contractes ist nicht minder ungeeignet, die Beschwerde derselben begründet erscheinen zu lassen.

Jener § enthält die Bestimmung, daß, wenn der Kläger die fraglichen Arbeiten nicht nach dem Urtheile des Bau-Directors Berg contractmäßig ausführen würde, die Beklagte ermächtigt sein solle, das Fehlende oder ungehörig Gelieferte durch einen andern Uebernehmer ausführen zu lassen. — Gesetzt nun, die Beklagte wäre in der Lage gewesen, von diesem Rechte Gebrauch machen zu können und sie hätte davon dem Contracte gemäß Gebrauch gemacht (welches Beides übrigens von dem Kläger bestritten wird), so würde doch dar-

aus nur das folgen, daß die Beklagte berechtigt gewesen sein würde, unter der Voraussetzung, daß der Kläger nicht etwa eine Iniquität des von dem Berg ausgegangenen gutachtlichen Ausspruches hätte behaupten und nachweisen können, dem Kläger denjenigen Belauf in Rechnung zu bringen, den sie ordentlicher Weise für eine anderweitige Ausführung der qu. Arbeiten zu verausgaben gehabt und wirklich verausgabt hätte. Und zwar würde sie sich hierüber auszuweisen haben. Das Recht, nach eigenem, eventuell nach des Baudirector Berg — der, worauf es freilich hier nicht ankommt, im Verhältniß zur vorliegenden Angelegenheit als der Beklagten angehörig und deshalb beziehungsweise mit ihr identisch zu behandeln sein würde — Ermessen dem Kläger einen von diesem ohne Weiteres anzuerkennenden Abzugsbelauf zu kürzen, kann dadurch nicht begründet werden.

II. Die dritte Beschwerde (materiell die zweite), daß nicht eventuell der Beklagten der Beweis aufgelegt worden sei, die Summe von 578 ℔ 34 Gr. aufgewendet zu haben, um das in Rede stehende Bollwerk in einer nach dem Urtheile des Baudirector Berg dem Contract entsprechenden Weise herstellen zu lassen, ist formell unstatthaft, weil die Beklagte dieselbe in zweiter Instanz nicht aufgestellt hat. Freilich stand es der Beklagten frei, den Versuch zu machen, die Beschwerden 1 bis 3 zweiter Instanz, daß nicht der in Rede stehende Abzug ohne Weiteres für begründet erklärt worden sei, in jetziger Instanz auch durch die Berufung auf den Artikel 13 des Contracts zu stützen, während sie früher hiefür wesentlich nur auf den § 15 sich berufen hatte; allein unzulässig ist es, wenn sie aus dem § 13 andere Forderungen abzuleiten und demselben die Veranlassung zu einer neuen früher nicht aufgestellten Beschwerde zu entnehmen versucht. — Eventuell würde die Beschwerde indessen auch materiell unbegründet sein, da der Beklagten in dem Punkte, worauf es ihr bei derselben eigentlich ankommt, daß nämlich das Ermessen des Baudirector Berg endgültig und ohne die Befugniß des

Klägers, die richterliche Entscheidung anzurufen, durchgreifend sein solle, zufolge des oben Angeführten nicht beigestimmt werden kann. Abgesehen von diesem Punkte enthält aber die Entscheidung des Obergerichts Nichts, was die Beklagte hinderte, von den in der Beschwerde angegebenen Umständen im Beweisverfahren so weit wie thunlich Gebrauch zu machen.

Lübeck. 61.

Die Aeltesten des Amts der Tischler zu Lübeck, Kläger, wider **G. C. Schalkhäuser** daselbst, Beklagten, wegen Verfertigung von Tischlerarbeiten durch einen Schiffstischler.

1. Den Zünften steht wegen Eingriffs in ihre Verbietungsrechte nach allgemeinen Grundsätzen ein Klagerecht nur gegen den unbefugten Arbeiter, nicht gegen den Arbeitgeber zu.
2. In Lübeck leibet dieß nur in solchen Fällen eine Ausnahme, wo zu zünftigen Arbeiten solche Personen benutzt sind, denen überall keine Befugniß zu Arbeiten des Handwerks zusteht, also eigentliche Pfuscher.
3. Beim Tischleramte besteht keine dem Grundsatze unter 2. entgegenstehende Praxis.
4. Schiffstischler sind dem Amte der Tischler gegenüber nicht Pfuscher.

Rechtsfall. Die vom Tischleramte erhobene Klage ging dahin, der Beklagte (ein Kaufmann) habe sich kürzlich durch einen Schiffstischler eine neue Thür vor seinem Hause, einen Schrank und verschiedene andere Tischlerarbeiten anfertigen lassen, sich also durch Zuziehung eines zu solchen Arbeiten Unbefugten eines Eingriffs in die ausschließlichen Gerechtsame des klagenden Amts schuldig gemacht und demselben dadurch einen auf 150 ℳ anzuschlagenden Verdienst entzogen. Es ward daher gebeten: Beklagten schuldig zu

erkennen, bei namhafter Strafe fernerer Eingriffe dieser Art sich zu enthalten, auch dem Amte den entzogenen Verdienst zu erstatten.

Beklagter war der Klage im Uebrigen geständig, berief sich aber darauf, der von ihm Zugezogene habe sich für einen zu den fraglichen Arbeiten befugten zünftigen Meister ausgegeben; erst nach angestellter Klage habe Beklagter erfahren, daß derselbe ein Schiffstischler sei. Nur dieser hafte also dem Amte für die Vornahme unbefugter Arbeiten, nicht der Beklagte. Es ward daher um Abweisung der Klage gebeten, und eventuell bestritten, daß der dem Amte entzogene Verdienst die angegebene Summe betrage.

Das Stadt- und Landgericht verwarf den principalen Einwand, verurtheilte vielmehr den Beklagten, sich bei Vermeidung einer Geldstrafe jedes ferneren Eingriffs in die Gerechtsame des klagenden Amts durch Zuziehung unbefugter Arbeiter zu enthalten, und legte dem klagenden Amte über die Höhe des ihm entzogenen Verdienstes einen Beweis auf.

Das Obergericht dagegen wies auf Appellation des Beklagten die angestellte Klage aus dem Grunde, weil der zugezogene Arbeiter kein Pfuscher sei, ab, und dieses Erkenntniß hat das Ober-Appellationsgericht unterm 16. September 1865 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

1) Auch da, wo, wie in Lübeck, jeder Zunft ein Verbietungsrecht zusteht in Beziehung auf die ihr beikommenden Arbeiten, folgt daraus nach allgemeinen Grundsätzen nur die Befugniß, es gegen Diejenigen klagend geltend zu machen, welche die Verfertigung solcher Arbeiten sich anmaaßen, die der Zunft ausschließlich zustehen, seien dies nun Mitglieder einer anderen Zunft, Concessionirte oder Pfuscher im eigentlichen Sinne.

Die Schriftsteller über das Recht der Handwerker geben denn auch durchgängig der Zunft nur diese Befugniß, indem

einige eines Klagerechts gegen Solche, welche sich Unzünftiger bedienen, gar nicht einmal gedenken:

Fricke, Recht der Handwerker § 77.
Ortloff, Recht der Handwerker § 98.

die übrigen letzteres den Zünften ausdrücklich absprechen, insofern nicht Particulargesetze ein Anderes ordnen sollten:

Merbach, Theorie des Zunftzwangs S. 165 bis 167.
Kulenkamp, Recht der Handwerker u. Zünfte S. 203—204.
Weisser, Recht der Handwerker § 92.
Herold, die Rechte der Handwerker und Innungen S. 45.

und in dem allgemeinen Grundsatze stimmt die Preußische Gesetzgebung überein:

Preuß. L.-R. Th. II. Tit. 8. § 236.

2) Ein Particulargesetz, welches für Lübeck eine Ausnahme von dieser Regel begründet, ist aber nur das Mandat vom 1. Novbr. 1735, insofern dieses ein an das Publicum gerichtetes Verbot enthält, von Pfuschern und Bönhasen zünftige Arbeiten verfertigen zu lassen; und diesem Mandate entspricht denn auch die hiesige Praxis, nach welcher die Zünfte ihr Verbietungsrecht gegen Arbeitgeber nur dann klagend ausüben, wenn zu den fraglichen Arbeiten solche Personen benutzt sind, denen überall keine Befugniß zu Arbeiten des Handwerks zusteht, nicht aber, wenn die Arbeiten von Mitgliedern einer anderen Zunft oder von verwandten Freimeistern gefertigt sind: eine Praxis, welche ihren guten Grund theils darin hat, daß jenes Bönhasen-Mandat als ein jus singulare, nämlich als eine Beschränkung der an sich jedem Staatsgenossen zustehenden Freiheit arbeiten zu lassen bei wem er will, keine Ausdehnung gestattet, theils darin, daß die Gränze verwandter Zünfte und auch die Rechte der einer Zunft verwandten Freimeister aus keinem publicirten Gesetze zu ersehen und zum Theil so complicirter und zweifelhafter Art sind, daß schon aus diesem Grunde Dritten nicht füglich zugemuthet werden kann, sie zu kennen. Daß aber diese Praxis besteht, darüber zu urtheilen ist auch das O.-A.-Gericht vollkommen in der Lage, indem in allen den vielen an dasselbe gelangten hiesigen Zunftsachen von Seiten

der Zunfte ausnahmslos dem obigen Grundsatze gemäß verfahren ist, und zwar auch von dem Tischleramte.

Bruhn, Samml. II. S. 196 u. 197.

Schon hienach erweiset sich die Behauptung der Kläger, daß bei ihrem Amte eine constante Praxis für das Gegentheil stattfinde, als irrig. Es sind aber auch die in dieser Instanz von ihnen beigebrachten Wettebescheide durchaus nicht geeignet ihre Behauptung zu bewahrheiten, indem sie theilweise ihr sogar widersprechen. (Dies wird näher ausgeführt.)

Unter diesen Umständen würde selbst dann, wenn die Kläger beantragt hätten, ihnen einen in erster Instanz zu führenden Beweis ihrer Behauptung nachzulassen, was sie nicht gethan haben, darauf, als voraussichtlich völlig nutzlos, nicht einzugehen gewesen sein. Ihr Vorbehalt, wenn nöthig weitere Beweise in dieser Instanz beizubringen, mußte aber schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil nach abgelaufener Nothfrist der Appellation Nachträge nicht zulässig sind.

3) Richtig ist es zwar, daß die Schiffstischler als concessionirte Freimeister nicht Mitglieder der Tischlerzunft sind, und das hat auch das Obergericht, indem Es behauptet, daß sie keine Unzünftige als gleichbedeutend mit Pfuschern seien, offenbar nicht sagen wollen. Allein darauf kommt es auch nach dem Obigen, um den Tischlern ein Klagerecht gegen den Beklagten abzusprechen, gar nicht an; es genügt vielmehr dazu, daß die Schiffstischler keine völlig Unbefugte, sondern zu Tischlerarbeiten, wenngleich in beschränktem Maaße, concessionirte Freimeister sind. Und man kann auch nicht etwa sagen, es sei durch den Namen „Schiffstischler" genügend indicirt, daß ein solcher zu Tischlerarbeiten, außer für Schiffe, nicht concessionirt sei, indem sich sogar bei einzelnen Aemtern Berechtigungen finden, die ihrem Namen durchaus nicht entsprechen, z. B. bei den Schiffszimmerleuten, denen in einem Processe mit den Hauszimmerleuten in beiden ersten Instanzen das Recht zu Arbeiten an Söden zugesprochen und dieses auch vom O.-A.-Gerichte durch Erkenntniß vom 20. November 1822, wenngleich nur in beschränktem Maaße, anerkannt ward.

Wenn endlich

4) die Kläger aus den Entscheidungsgründen des O.-A.-Gerichts in Sachen Freitag c. das Maler-Amt

Bruhn, a. a. O. I. S. 424 ff.

den Satz glauben deduciren zu können, daß dem Arbeitgeber bei der Zuziehung eines Unzünftigen die Verpflichtung obliege, sich von den Arbeitsbefugnissen des Zugezogenen zu vergewissern, so daß, wenn er dies unterlassen, er deshalb der Zunft, deren Rechte verletzt worden, hafte, so geschieht das ohne allen Grund, indem sich darüber das O.-A.-Gericht in der betreffenden Sache nicht einmal implicite ausgesprochen hat

---

Hamburg. 62.

Dr. **J. D. Früchtenicht** in Hamburg m. n. der Bürgermeisterin **Caroline Wagner** geb. **Behre** zu Mölln, Kläger, wider **G. F. Waitz** als Vollstrecker des Testaments von **Georg Conrad Behre** zu Hamburg, Beklagten, eine Erbschaftsabrechnung betreffend.

Auslegung des in einem Testamente verordneten legatum liberationis.

Rechtsfall. Georg Conrad Behre zu Hamburg hat in seinem am 13. Januar 1842 errichteten und am 31. März 1845 eröffneten Testamente Folgendes verordnet. Seine Schwester Christine Behre solle den lebenslänglichen Nießbrauch seines ganzen Vermögens erhalten. Nach dem Tode derselben sollten zwei Drittel seines Vermögens an die ehelichen Kinder seines verstorbenen Bruders Friedrich Christian resp. deren eheliche Descendenten, ein Drittel dagegen an die

ehelichen Kinder seines Bruders Julius Bernhard Christoph resp. deren eheliche Descendenz fallen, dieser Bruder und dessen Ehefrau aber den lebenslänglichen Nießbrauch daran haben. Ferner verordnete der Testator in Art. 8 seines Testaments:

> Was die Collationspflicht meiner Brüderkinder oder sonstigen Erben anlangt, so soll keiner derselben dazu verpflichtet sein, wenn ich nicht ausdrücklich den Betreffenden als meinen Schuldner oder den Schuldner meines Nachlasses, sei es in meinen Büchern oder wie sonst, aufgeführt habe. Die über die dem Einen oder Andern bei meinen Lebzeiten gezahlten Gelder in meinem Nachlasse sich etwa vorfindenden Schuldverschreibungen sind wie diejenigen gewöhnlicher Debitoren anzusehen, und bleibt deren Realisirung lediglich dem Ermessen meiner Herren Executoren überlassen.

Die Klägerin ist eins der zwei im Testamente bedachten Kinder des Bruders Julius Bernhard Christoph Behre, welche sich noch zu Lebzeiten des Testators mit dem Apotheker Wagner in Mölln, an welchem Orte Lübsches Recht gilt, verheirathet hatte. Dieser Ehemann gab auf eine bald nach dem Tode des Testators von dem damaligen Testaments-Executor an ihn gerichtete Anfrage, welche Beträge er von dem Erblasser angeliehen erhalten habe, in einem Schreiben vom 17. Mai 1845 u. a. zwei Posten von zusammen 1000 ℛ︁ N⅔ als von dem Onkel ihm angeliehen an, wofür derselbe Schuldscheine erhalten habe. Erst im Jahre 1860, nachdem inzwischen sämmtliche Nutznießer des Nachlasses verstorben waren, kam es zu dessen Vertheilung.

In der Abrechnung, welche dem Ehemanne der Klägerin zuging, fand sich unter den Activen des Nachlasses aufgeführt:

Guthaben bei Caroline Wagner geb. Behre in Mölln N⅔ ℛ︁ 1000. = Bco. ℳ︁ 2325. 10 ß.

Ferner heißt es darin:

Frau Caroline Wagner geb. Behre in Mölln hat zu erhalten . .		Bco. ℳ 9841. 10½ ß
schuldet an den Nachlaß . . .	Bco. ℳ 2325. 10 ß	
und erhielt . .	„ 7427. 1 „	
		Bco. ℳ 9752. 11 ß
hat mithin noch zu erhalten . .		Bco. ℳ 88. 15½ ß

Die Nichtberücksichtigung des hiegegen erhobenen Monitum führte zur Klage.

In dieser weigerte sich die Klägerin, die gedachten 1000 ſ Rℓ, welche sie übrigens als Schuld nicht anerkannte, sich anrechnen zu lassen, obgleich sie zugab, daß ihr Ehemann im J. 1844 diese und noch einige hundert Thaler mehr vom Erblasser, welcher ihm bei seinem Etablissement unterstützt, erhalten habe.

Sie unterstellte dieser ihrer Weigerung zwei mögliche Auffassungen.

Entweder

1) man nehme eine Identität der Personen der klagenden Ehefrau und ihres Ehemannes an: dann komme der Art. 8 des Testaments zur Anwendung und sei gegen die Anrechnung entscheidend, daß der Erblasser weder die Klägerin noch auch ihren Ehemann irgendwo als seine Schuldner bezeichnet habe, ja daß in seinem Nachlasse nicht einmal die von dem Ehemanne der Klägerin ausgestellten Empfangsbescheinigungen oder sonstige Belege sich vorgefunden hätten: wofür ein Schreiben des Sachführers des Beklagten beigebracht wurde.

Oder

2) man wolle die Personen der Klägerin und ihres Ehemanns, ihre beiderseitigen Vermögensrechte aus einander halten: dann brauche die Klägerin sich eine etwaige Schuld ihres Ehemannes nicht aufrechnen zu lassen.

Eine Behauptung der Klägerin, die 1000 ℛ seien vom Erblasser nicht ihrem Ehemann, sondern ihr persönlich gegeben, findet sich in der Klage nicht. In der Vernehmlassung suchte

der Beklagte die Weigerung der Klägerin zunächst deshalb als unbegründet darzustellen, weil die Klägerin sich nach Lübschem Rechte eine Compensation mit der hier vorliegenden Schuld ihres Ehemannes gefallen lassen müsse, auf welche Art. 8 nicht bezogen werden könne; und event. deshalb, weil in diesem Art. nach dessen richtiger Auslegung vom Erlasse der Schulden gar nicht die Rede sei.

Aus den fernern Verhandlungen erster Instanz ist nur hervorzuheben, daß der Beklagte in der Duplik, um die Zulässigkeit der Compensation mit der Schuld des Ehemannes näher zu begründen, sich folgendermaaßen ausspricht:

„Begreiflicherweise hat der verstorbene Erblasser die fragliche Summe dem klägerischen Ehemanne nicht etwa persönlich, sondern vielmehr demselben als Ehemann seiner Nichte gegeben, und es ist in formloser Weise dabei von dem ganz richtigen Gesichtspunkte ausgegangen worden, daß das, was der Mann bekomme, auch von der Frau empfangen werde und umgekehrt." Folglich sei der Klägerin dasjenige zu berechnen, was sie, oder durch sie oder für sie ihr Ehemann bei Lebzeiten des Erblassers von demselben erhalten habe.

Das Niedergericht erkannte am 6. Juni 1864,

die der Klägerin auf ihren Erbtheil in Anrechnung gebrachte Schuld ihres Ehemannes betreffend:

da, wenn Klägerin selbst die fraglichen 1000 ℳ ℛ von ihrem verstorbenen Oheim G. C. Behre angeliehen hätte, nach Inhalt des § 8 des Testaments des letzteren diese Schuld allerdings als erlassen angesehen werden müßte, indem der executorio nomine Beklagte, bisher wenigstens, nicht bestritten hat, daß sich über diese Schuld weder Eintragungen in des Erblassers Büchern noch Schulddocumente in dessen Nachlasse vorgefunden haben;

da nun aber unbestritten die fraglichen 1000 ℳ nicht abseiten der Klägerin, sondern abseiten ihres Ehemannes von dem Erblasser seiner Frau entliehen sind und auf diese Schuld des Ehemannes der Art. 8 des Testaments keine Anwendung finden kann, weil der Testator nur seinen instituirten Bruderkindern oder sonstigen Erben (unter welchem letztgedachten Ausdrucke zu-

folge des übrigen Inhaltes des Testaments je nach den eintretenden Todesfällen nur der zur Zeit der Testamentserrichtung noch lebende Bruder Christoph oder die event. mitberufenen Descendenten vorverstorbener Bruderkinder des Erblassers gemeint sein können) unter den obgedachten Voraussetzungen diejenigen Schulden erlassen hat, welche dieselben zu seinen Lebzeiten etwa bei ihm contrahirt haben würden, — da es in dieser Beziehung auch keinen Unterschied macht, ob der Erblasser dem klägerischen Ehemanne die fraglichen Summen in Berücksichtigung des Umstandes vorgestreckt habe, daß derselbe seine Nichte heirathen wollte oder geheirathet hatte, weil die völlig bestimmten, einer zwiefachen Deutung nicht unterzüglichen Worte des § 8 „meine Bruderkinder oder sonstigen Erben" die Ausdehnung der Verfügung auf die Ehegatten derselben ohne Weiteres ausschließen, —

da — wenn nun der Beklagte auf den Erbtheil der Klägerin die fragliche Schuld ihres Ehemannes an den Nachlaß compensando verrechnen will — zwar zur Begründung jeder Compensation Gegenseitigkeit der Forderungen verlangt wird, da aber diese Gegenseitigkeit, theils wegen juristischer Einheit der Verbindlichkeit rechtlich häufig auch da angenommen wird, wo sie an sich nicht vorhanden ist, wie z. B. nach Röm. Rechte der Vater unter Umständen Forderungen seines Hauskindes seinem Gläubiger gegenüber zu compensiren berechtigt war, oder der belangte Bürge dem Gläubiger Forderungen des Hauptschuldners und der debitor cessus dem Cessionar seine Forderungen an den Cedenten aufrechnen kann, —

da gleichergestalt im vorliegenden Falle, wo die klagenden Eheleute unter Lübschem Rechte leben, nach welchem, wie im topischen Rechte, die gesammten Güter beider Ehegatten, äußerlich vereinigt, unter der alleinigen Herrschaft des Ehemannes stehen und wo demnach der beklagtische Executor an diese vereinigte Gütermasse den Erbtheil der Ehefrau zu zahlen hat, während er aus derselben die Zahlung der Schuld des Ehemannes an den Nachlaß fordert, die Compensation völlig zulässig erscheint,

vgl. Thibaut System d. Pandekten Bd. II. § 999 sub a. (7. Ausg.),

da aber dem Beklagten nach Inhalt der Klage und der Replik darin nicht beigepflichtet werden kann, daß diese Schuld auf Seiten der klagenden Partei bereits für anerkannt anzunehmen sei, und mithin dem mand. nom. Kläger, der dazu durch die von dem klägerischen Ehemanne mit ausgestellte Vollmacht genügend legitimirt erscheint, noch die Gelegenheit gewährt werden muß, sich auf diese dem Erbtheile der Ehefrau in Anrechnung gebrachte Schuld des Ehemannes vollständig einzulassen,

daß mand. nom. Kläger zu verpflichten sei:

1) in 14 Tagen bei Strafe der Abweisung von der Instanz Caution für die Proceßkosten bis zur Summe von Crt.℔ 200. zu bestellen.

   und in einem nach Erledigung des Cautionspunktes anzuberaumenden Termin oder gleichzeitig mit der Cautionsbestellung

2) sich vollständig auf die Compensations-Einrede einzulassen, unter dem Präjudize, daß widrigenfalls die compensando verrechnete Schuld als anerkannt werde angenommen werden.

Auf die Appellation der Klägerin erkannte jedoch das Obergericht am 9. December 1864:

da dem Niedergerichte zwar darin beizupflichten ist, daß, wenn wirklich der Ehemann der Klägerin noch dem Nachlasse des verstorbenen G. C. Behre die Summe von R℔ ℘ 1000. schulden sollte, dann der executorio nom. Beklagte in Betracht des in Mölln geltenden Lübschen Rechts befugt sein würde, der Klägerin auf den ihr von dem Behre'schen Nachlasse zukommenden Erbtheil jene Schuld ihres Ehemannes compensando in Anrechnung zu bringen;

da die Klägerin nicht bestreitet, daß ihr Ehemann früher von dem verstorbenen Behre verschiedene Summen zum Gesammtbetrage von mehr als R℔ ℘ 1000. als Darlehen empfangen hat, dieselbe aber meint, daß auf die aus jenen Darlehen herrührende Schuld ihres Ehemannes die erste Be-

stimmung des Art. 8 des Behre'schen Testaments zur Anwendung komme, und die Schuld als eine von dem Testator erlassene angesehen werden müsse, weil er dieselbe weder in seinen Büchern noch sonst irgendwie aufgeführt habe;

da der Testator durch die erste Vorschrift des citirten Art. 8 gewiß nicht bloß, wie der Beklagte meint, verordnen wollte, daß seinen Brüderkindern oder sonstigen Erben dasjenige, was sie von ihm etwa bei seinen Lebzeiten mit warmer Hand geschenkt erhalten hätten, bei der Erbtheilung nicht anzurechnen sei, — indem dies sich ohne eine weitere Verfügung von selbst verstanden hätte, — sondern er denselben vielmehr alle bei ihm während seines Lebens contrahirten Schulden zu erlassen beabsichtigte, mit Ausnahme nur derjenigen, welche er in seinen Papieren ausdrücklich als noch ausstehende Schulden abzeichnen würde;

da in Bezug auf die Summen, welche der klägerische Ehemann früher von dem Erblasser Behre erhalten hat, der Beklagte selbst sagt, daß Behre diese Gelder begreiflicherweise nicht etwa dem klägerischen Ehemanne persönlich, sondern vielmehr diesem als Ehemann seiner Nichte gegeben habe, indem er dabei in formloser Weise von dem ganz richtigen Gesichtspunkte ausgegangen sei, daß das, was der Mann bekomme, auch von der Frau empfangen werde, und umgekehrt;

da, wenn hiernach der klägerische Ehemann jene Darlehen nicht für sich, sondern für seine Frau erhalten hatte, dann auch in erster Linie nicht er, sondern seine Ehefrau jene Beträge dem Erblasser Behre geschuldet haben würde;

da dies auch die Ansicht des execut. nom. Beklagten bei Aufmachung der Abrechnung über den Behre'schen Nachlaß № 4 act. gewesen sein muß, indem das daselbst unter den Activis sub 4 aufgeführte Guthaben von Rℊ ℳ 1000. bezeichnet wird als ein Guthaben nicht bei dem klägerischen Ehemanne, sondern bei der klägerischen Ehefrau selbst;

da nun, wenn die Letztere die Schuldnerin jener Summe gewesen, dann unzweifelhaft ihr diese Schuld von dem Erb-

lasser durch die Bestimmung des Art. 8 des Testaments erlassen worden ist, indem der Beklagte einräumt, daß sich über dieselbe weder eine Notiz in den Büchern des Testators noch eine Schuldverschreibung vorgefunden habe;

da aber auch, falls der klägerische Ehemann auf Grund seiner eigenen früheren Angaben, № 5 Act., als der ursprüngliche Empfänger der 1000 ₰ und demgemäß als der Schuldner des Testators anzusehen wäre, doch angenommen werden muß, daß der Testator diese Schuld gleichfalls durch den Art. 8 des Testaments hat erlassen wollen, indem derselbe, welcher als Kaufmann unzweifelhaft ein ordentlicher Geschäftsmann war, sonst es gewiß nicht unterlassen haben würde, sich über sämmtliche von ihm für den klägerischen Ehemann geleistete Zahlungen von diesem Quittungen geben zu lassen und solche aufzubewahren, oder doch wenigstens in seinen Büchern irgend eine Bemerkung über seine Forderung an den klägerischen Ehemann zu machen, während unbestrittener Maßen die Papiere des Testators durchaus nichts Derartiges enthalten haben;

da deshalb der exec. nom. Beklagte nicht für befugt erachtet werden kann, der klägerischen Ehefrau auf die ihr aus dem Behre'schen Nachlaß gebührende Erbportion eine Schuld von Rℓ ₰ 1000. compensando abzuziehen:

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 6. Juni d. J. soweit dasselbe angefochten worden, also in seinen Entscheidungen sub 1 und 2) wieder aufzuheben und dahin abzuändern sei: 1) daß es der klägerischen Bestellung einer Caution für die Proceßkosten nach Lage der Sache zur Zeit nicht bedürfe und 2) daß dem exec. nom. Beklagten, Appellaten, die Berechtigung in seiner Abrechnung über die Verwaltung und Vertheilung des Nachlasses defuncti Georg Conrad Behre die klagende Vollmachtgeberin für eine Schuld an den Nachlaß, groß Rℓ ₰ 1000. oder Bco. ℔ 2325. 10 ß zu belasten und ihr solche Schuld auf ihren Erbtheil anzurechnen, abzusprechen, und der Appellat zu verpflichten sei, eine demgemäß rectificirte Erbschafts-

rechnung aufzumachen, und solche Rechnung innerhalb vier Wochen sub poena 20 ℔ im Niedergerichte zu produciren. — Und bleiben dem mand. nom. Appellanten wegen Anerkennung dieser Rechnung, und wegen Auskehrung des seiner Vollmachtgeberin annoch zukommenden Betrages alle Competentien vorbehalten.

Die Entscheidung über die bisher in der ersten Instanz erwachsenen Kosten wird bis zum Schlußerkenntniß ausgesetzt. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Dieses Erkenntniß hat das Oberappellationsgericht am 16. September 1865 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Der auf Wiederherstellung des Niedergerichts-Erkenntnisses vom 6. Juni v. Js. gerichteten Beschwerde des Beklagten konnte aus folgenden Gründen nicht entsprochen werden. Soviel nämlich

I. die Hauptsache betrifft, so war

A. dem Beklagten nicht beizutreten, wenn er meint, der Art. 8. des G. C. Behre'schen Testaments beziehe sich in seinem ersten Satze nur auf dasjenige, was der Erblasser bei seinen Lebzeiten einem seiner Erben geschenkt habe, nicht auf Darlehen. Denn reine Schenkungen unterliegen schon an sich keiner Collation, oder, richtiger gesagt, bedurften, indem eine Collation nur bei Kindern und anderen Descendenten eintritt, dieser Ausdruck vom Testator daher in vorliegendem Falle sehr unpassend gebraucht ist, hier vielmehr der Sache nach ein legatum liberationis vorliegt, nicht erst eines Erlasses. Wenn daher der Testator verfügt, bei seinen Brüderkindern oder sonstigen Erben solle keine Collationspflicht eintreten, falls er nicht ausdrücklich den Betreffenden als seinen Schuldner oder den Schuldner seines Nachlasses, sei es in seinen Büchern, sei es sonst aufgeführt habe, so spricht er seinen Willen unzweideutig dahin aus, daß Diejenigen unter seinen Erben, welchen er Etwas gegeben, was er von ihnen an sich zurückfordern könne, also namentlich Darlehen, unter

der obigen Voraussetzung nicht verpflichtet seien, bei der Erbtheilung es sich anrechnen zu lassen, daß diese Schulden vielmehr als erlassen gelten sollten. Folglich ist es in dieser Beziehung ganz unerheblich, daß der Ehemann der Klägerin in seinem Briefe vom 17. Mai 1845

Nieberger.-Acten [5]

die fraglichen 1000 ℛ N⅔ als empfangene Anleihe bezeichnet.

Nun aber räumt der Beklagte

B. ein, daß sich in dem Behre'schen Nachlasse über die dem Ehemanne der Klägerin geleisteten Zahlungen, namentlich über die fraglichen 1000 ℛ, keine Aufzeichnungen, wie die im Art. 8 des Testaments erwähnten, und ebensowenig Schulddocumente vorgefunden haben. Denn wenn der Beklagte in ersterer Beziehung behauptet, es hätten sich im Nachlasse überall keine Privatbücher des Testators, wenigstens keine mit Geldnotizen vorgefunden, so würde das, wenn gegründet, ersichtlich unerheblich sein, vielmehr zu der Annahme berechtigen, daß der Testator, welcher im Art. 8 cit. ausdrücklich seiner Bücher erwähnt, solche, vielleicht grade mit Rücksicht auf die darin enthaltenen seinen Erben präjudicirlichen Aufzeichnungen, später vernichtet habe. Und wenn in letzterer Beziehung der Beklagte den sehr wichtigen Umstand, daß die Schuldscheine, welche der Ehemann der Klägerin in seinem Briefe vom 17. Mai 1845 selbst angiebt dem Erblasser ausgestellt zu haben, im Nachlasse nicht mehr vorgefunden sind, dadurch als unbeweisend erklären will, daß, wie er angiebt, der Testator die Absicht gehabt habe, dem Ehemanne der Klägerin noch mehr als jene 1000 ℛ zu geben und sich dann von ihm über das Ganze eine Schuldverschreibung ertheilen zu lassen, so ist durch dieses, überdies ganz unbescheinigte, Vorgeben das Fehlen der erhaltenen Schuldverschreibungen nicht erklärt, und die Angabe des Beklagten kann daher der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 8 gegenüber durchaus nicht in Betracht kommen.

Dagegen würde

C. wenn es für die Beurtheilung der Sache nothwendig darauf ankäme, ob der Testator die fraglichen 1000 ℛ dem

Ehemann der Klägerin, wie das Niedergericht angenommen hat, oder der Klägerin persönlich dargeliehen habe, wie principaliter vom Obergerichte zum Grunde gelegt ist, es sehr zweifelhaft sein, ob Letzterem hierin beizutreten wäre, in welchem Falle die Bestätigung des vorigen Erkenntnisses freilich nicht dem mindesten Bedenken unterliegen könnte. Denn sieht man auf die Vorträge der Parteien in dem gegenwärtigen Processe sowohl in erster als in zweiter Instanz, so scheint darüber, daß die Anleihe nicht der Klägerin persönlich gegeben, diese nicht direct zur Schuldnerin des Erblassers gemacht sei, eine Meinungsverschiedenheit zwischen den Parteien nicht obzuwalten. Die Klägerin hat nemlich weder in ihrer Klage noch sonst zu behaupten gewagt, daß die 1000 ℳ vom Erblasser ihrem Ehemanne für sie, als ein ihr persönlich gemachtes Darlehn gegeben seien. Vielmehr geht sie durchgängig davon aus, daß, insofern überall eine Schuld aus Darlehn vorliege, dies eine Schuld ihres Ehemannes sein würde, und sie stützt ihre Weigerung, sich diese auf ihren Erbtheil anrechnen zu lassen, lediglich darauf, daß, wenn man nach dem in Mölln geltenden Lübischen Rechte vermögensrechtliche „Identität" der Eheleute annehme, dann die Schuld nach Art. 8 des Testaments für erlassen gelten müsse, wenn aber nicht, dann auch mit der Schuld ihres Ehemannes ihre Erbschaftsforderung nicht compensirt werden könne. Und auch der Beklagte spricht sich in seiner Vernehmlassung auf die Klage bestimmt dahin aus, daß nicht die Klägerin, sondern ihr Ehemann debitor des Nachlasses sei, und es ist daher schon aus diesem Grunde bedenklich, in der vom Obergerichte in Bezug genommenen Stelle der Duplik ein Zugeständniß zu finden, daß es sich hier von einer persönlichen Schuld der Klägerin handle. Zwar scheint dies auf den ersten Blick darin zu liegen, daß hier zur Rechtfertigung der Compensations-Einrede gesagt wird: „Begreiflicher Weise hat der Erblasser die fragliche Summe dem klägerischen Ehemanne nicht etwa persönlich, sondern vielmehr demselben als Ehemann seiner Nichte gegeben." Denn es schei-

nen die Worte „als Ehemann seiner Nichte," da sie als Gegensatz von „persönlich" gebraucht sind, kaum anders aufgefaßt werden zu können, als gleichbedeutend mit „als Ehemann für die Nichte," indem für die Frage, ob der Ehemann persönlicher Schuldner geworden sei, es ganz gleichgültig ist, ob das Geld ihm dargeliehen worden contemplatione uxoris oder nicht. Diese Auffassung des Beklagten scheint denn auch eine Bestätigung dadurch zu erhalten, daß er am Schlusse daraus folgert, es sei der Klägerin Dasjenige anzurechnen, was sie oder durch sie oder für sie ihr Ehemann bei Lebzeiten des Erblassers erhalten habe. Allein die wahre Meinung des Beklagten und daß jener Gegensatz von „persönlich" und „als Ehemann" nur auf einer unrichtigen juristischen Ansicht beruht, ergiebt sich aus dem Zwischensatze, der Erblasser sei in formloser Weise von dem richtigen Gesichtspunkte ausgegangen, daß was der Mann bekomme, auch von der Frau empfangen werde und umgekehrt, d. h. daß es in das Sammtgut falle. Die Auslegung des Obergerichts würde denn auch mit dem weiteren Inhalte der Duplik in Widerspruch treten, wo der Beklagte der Erbschaftsforderung der Klägerin die Darlehnsschuld des Ehemannes gegenüber stellt, auf welche letztere Art. 8 des Testaments keine Anwendung leide. Es hat auch das Niedergericht bei seiner Entscheidung als unbestritten zum Grunde gelegt, daß die fraglichen 1000 ℳ nicht abseiten der Klägerin, sondern abseiten des Ehemannes von dem Erblasser entliehen seien, und gegen diese Auffassung die Klägerin in ihrer Appellation nichts erinnert. Allein

D. es kommt auf eine solche genaue Distinction im vorliegenden Falle nicht an. Zwar ist es

1) nicht anzunehmen, daß der Erblasser im mehrgedachten Art. 8 des Testaments unter den daselbst genannten Brüderkindern oder sonstigen Erben auch die Ehegatten seiner Brüderkinder verstanden habe. Vielmehr mußte unbedenklich dem Niedergerichte darin beigetreten werden, daß unter den „sonstigen Erben" des Art. 8 lediglich die im Testamente

eventualiter berufenen ehelichen Descendenten der Brüderkinder zu verstehen seien. Dagegen kommt

2) in Betracht, daß, wenn auch das Darlehn dem Ehemanne der Klägerin gegeben ist, wie dieser ja auch in seinem Briefe vom 17. Mai 1854 anerkennt, gleichwohl nach dem zu Mölln geltenden Lübischen Rechte für diese Schuld das eheliche Sammtgut haftet, indem nur bei unbeerbter Ehe im Falle eines Concurses die Ehefrau ihr Eingebrachtes und Ererbtes, soweit es noch vorhanden ist, den Ansprüchen der Gläubiger ihres Mannes entziehen kann, folglich abgesehen von diesem Falle die Klägerin bei Insolvenz ihres Ehemannes die Schuldnerin des Erblassers geworden sein oder seines Nachlasses werden würde. Daß nun aber

a. der Testator im Hinblick hierauf und auf eine dadurch möglicher Weise eintretende Verringerung des Erbtheils der Klägerin die fragliche Schuld zu erlassen beabsichtigt habe, dafür spricht sehr entschieden eben der oben berührte Umstand, daß weder Aufzeichnungen noch auch Documente über dieselbe im Nachlasse sich vorgefunden. Denn dies erscheint, wenn der Testator den Ehemann der Klägerin trotz der eventuellen Mitverhaftung der Letzteren als seinen Schuldner behandelt wissen wollte, mindestens sehr auffallend. Man darf nemlich bei jedem ordentlichen Geschäftsmanne, namentlich einem Kaufmanne, wie der Erblasser war, mit Recht voraussetzen, daß wenn er über eine ausstehende Forderung, wenigstens eine immerhin bedeutende, wie die vorliegende, nicht nur gar keine Aufzeichnungen hinterläßt, sondern die über selbige empfangenen Schulddocumente nicht aufbewahrt, dies nicht aus Fahrlässigkeit geschieht, sondern absichtlich und zu einem vernünftigen Zwecke. Nun wäre aber dieses Verfahren, wenn er den Ehemann der Klägerin als seinen Schuldner hätte behandelt wissen wollen, nicht bloß zwecklos, sondern gradezu unverständig gewesen, weil daraus möglicherweise für den Beweis der Forderung, wenn sie bestritten ward, Schwierigkeiten und Weiterungen zu besorgen gewesen wären. Dagegen erscheint sein Verfahren durchaus zweckmäßig und

vernünftig, wenn er im Hinblick auf die Mitverhaftung der Klägerin die Schuld als nach Art. 8 seines Testaments erlassen angesehen wissen wollte, und folglich darf man dieses Letztere als seine Intention zum Grunde legen.

b. Die Auffassung, daß der Testator durch das fragliche Darlehn lediglich die Klägerin im Auge gehabt hat, ihr eine Wohlthat hat erweisen wollen, aber auch sie andererseits ursprünglich als seine wenigstens mitverhaftete Schuldnerin betrachtet hat, ist denn auch die des Beklagten.

In der dem Ehemanne der Klägerin übersandten Abrechnung über den Behre'schen Nachlaß hat er die fraglichen 1000 ℳ ℛ⅔ unter den Activis aufgeführt als ein Guthaben „bei Caroline Wagner geb. Behre:" hier also die Klägerin sogar als persönliche Schuldnerin anerkannt. Wenn der Beklagte dies dadurch zu erklären sucht, daß die Rechnung eben die Klägerin als Erbin betroffen habe, und er sich damals nicht habe denken können, daß der Posten werde bestritten werden, so ist dies unzutreffend. Die Klägerin giebt nemlich an, die von ihr zu den Acten gebrachte Abrechnung sei eine berichtigte; gegen die erste ihrem Ehemanne eingesandte seien diejenigen Monita erhoben, welche sie in Abschrift beibrachte, und von diesen habe das Monitum 6 in der berichtigten Rechnung Berücksichtigung gefunden. Diesen Angaben hat der Beklagte nicht nur nicht widersprochen, sondern deren Richtigkeit wird dadurch bestätigt, daß sich in der zu den Acten gebrachten Rechnung derjenige Posten, auf den sich das Monitum 6 bezog, nicht mehr findet. Nun ist aber gegen die erste Abrechnung das Monitum 2 grade deshalb erhoben, weil darin die Klägerin als Schuldnerin des Nachlasses mit 1000 ℳ ℛ⅔ aufgeführt sei, ohne daß vom Beklagten bemerkt werde, ob in Gemäßheit des Art. 8 des Testaments der Erblasser in seinen Büchern oder sonst sie als Schuldnerin aufgeführt habe. — Hätte nun der Beklagte den Ehemann für den alleinigen Schuldner gehalten, so hätte er jetzt durch Hin-

weisung hierauf mit einigem Schein das Monitum zurückweisen und den fraglichen Posten in seiner neuen Abrechnung dem entsprechend bezeichnen können. Er hat es aber nicht gethan, vielmehr den Posten unverändert gelassen. Auch kommt hinzu, daß der Sachführer des Beklagten in einem dem Processe vorangegangenen Schreiben vom 26. März 1861 die Anwendbarkeit des Art. 8 cit. auf den vorliegenden Fall nur deshalb bestreitet, weil es sich hier nach dem brieflichen Eingeständnisse des Ehemannes der Klägerin von einer Anleihe handle, nicht deshalb, weil dem Ehemanne und nur ihm allein diese Anleihe gemacht sei.

War hiernach das Obergerichts-Erkenntniß in der Hauptsache wenngleich aus anderen Gründen, zu bestätigen, so findet dadurch

II. die weitere Beschwerde des Beklagten, daß die Klägerin von Bestellung der ihr vom Niedergerichte auferlegten Caution für die Proceßkosten freigesprochen sei, ihre Erledigung.

Hamburg. 63.

Dr. **Heinsen** m. n. **L. Hamberg & Comp.** zu Hamburg, Kläger, wider **L. Philippson**, jetzt Dr. **May** m. n. desselben, Beklagten daselbst, betreffend Ertheilung einer Abrechnung.

Kläger verlangten Ertheilung einer Abrechnung über die dem Beklagten laut Anl. 1 (Verzeichniß der dem Letzteren laut Contrabuchs in Commission gegebenen Waaren nebst beigesetzten Preisen in Summa Bco. ℳ 27,007. 13 ß) und laut in Händen des Beklagten befindlichen Commissionsnotenbuchs

in Verkaufscommission gegebenen Waaren. Beklagter erwiederte: er habe laut Contocourant nur für 26,030 Bco.ℳ erhaltene Waaren Abrechnung zu geben, welche Waaren er von den Klägern in Commission zum Verkauf genommen, wobei aber abgemacht worden sei, daß er nur 66⅔ % zu zahlen haben, und Alles, was er darüber aus den Waaren machen werde, sein Verdienst sein solle. Kläger läugneten replicando die Abmachung eines Rabatts von 33⅓ %, und behaupteten, es sei überhaupt kein bestimmter Rabatt ein für alle Mal festgesetzt, sondern nur in einzelnen Fällen, wenn Beklagter deshalb Anfrage gehalten, sei ein Rabatt, der in den einzelnen Fällen verschieden gewesen, bewilligt worden. Hiegegen wandte Beklagter ein, daß, wenn Kläger den Rabatt von 33⅓ % bestritten, aber zugeständen, daß ein andrer Rabatt gegeben, sie anzugeben gehabt, über welche Summe sie Abrechnung zu verlangen hätten, und da sie dies nicht gethan, Abweisung der Klage angebrachtermaßen eintreten müsse. — Das Handelsgerichtserkenntniß vom 21. Januar 1865 ging auf Letzteres ein, und erkannte demgemäß:

da Kläger replicando behauptet haben, daß die laut Anlage 1 dem Beklagten zum Verkauf in Commission gegebenen und unbestritten verkauften Waaren dem Beklagten vor dem jedesmaligen Verkaufe mit einem verschiedenen Rabatt auf die in Anlage 1 ausgeworfenen Preise überlassen worden, hienach aber Kläger nicht befugt erachtet werden können, eine Abrechnung über die in Anlage 1 berechneten Preise zu verlangen, sondern nur über diejenigen Beträge, um welche sie solche Preise ermäßigt haben;

da auch deshalb, weil der Beklagte behauptet, sämmtliche erhaltenen Waaren mit einem Rabatt von 33⅓ % empfangen zu haben, nicht etwa denselben die principale Beweislast trifft, — wo auch dann im Gegenbeweisverfahren völlige Dunkelheit über den concedirten Decort vorhanden sein würde —, sondern Kläger über etwas Mehreres Abrechnung nicht fordern können, als sie nach ihrer eigenen Angabe zu beanspruchen haben, und eventualiter in Bezug hierauf prin-

cipaliter beweispflichtig erscheinen, ihre Klage also auch so lange als dunkel zurückgewiesen werden muß, als sie dasjenige nicht präcise und fest angegeben haben, was nach ihrer Auffassung allein den Gegenstand bildet, über welchen eine Abrechnung zu ertheilen ist:

daß Kläger mit der erhobenen dunkeln Klage angebrachtermaßen unter Verurtheilung derselben in die Kosten abzuweisen.

Auf klägerische Appellation erkannte aber das Ober-Gericht am 3. April 1865:

da die an und für sich verständliche, auf Ertheilung von Abrechnung, über dem Beklagten in Verkaufscommission gegebene Waare gerichtete Klage, nicht dadurch undeutlich geworden ist, daß Kläger, nachdem Beklagter sich auf dieselbe eingelassen, replicando eingeräumt hat, daß die, in der Commissionsnote angesetzten Preise nicht, oder doch nicht durchweg als Limiten für die vom Beklagten effectuirten Verkäufe zu gelten haben, indem die Folgerungen, welche sich an dieses Zugeständniß knüpfen, erst dann zur Erörterung stehen werden, wenn die Vorfrage über die, unter den Parteien streitige Natur des zwischen ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäftes ihre Erledigung gefunden haben wird;

da nämlich nach den Behauptungen des Klägers ein, dem Beklagten ertheiltes einfaches Verkaufs-Mandat vorgelegen hätte, in Folge dessen Beklagter nur für Rechnung des Klägers zu verkaufen berechtigt, und den Erlös dem Kläger auszukehren oder in Rechnung zu vergüten verpflichtet gewesen sein würde, während Beklagter einen ästimatorischen Vertrag eingegangen sein will, in Folge dessen er zu Weiterem nicht als zur Vergütung von 66⅔ % der, in der Commissions-Note angesetzten Preise der nicht zurückgegebenen Waare verpflichtet gewesen wäre;

da mithin vor Allem die Beweislast festzustellen ist, dieselbe aber nicht ohne Weiteres deshalb den Beklagten treffen kann, weil derselbe eingeräumt hat, die in der Anlage C.

verzeichneten Waaren in Commission erhalten zu haben, indem er diese Einräumung durch den, die rechtliche Natur des eigentlichen Verkaufs-Mandates alterirenden Zusatz limitirt, daß es ihm unbenommen gelassen sei, die Waare mit einem Rabatt von 33 1/3 % zu selbstnützigen Zwecken zu verwenden;

da auch der Umstand, daß der Beklagte dem Kläger Spesen berechnet, mit der Unterstellung eines Trödelvertrages nicht absolut unvereinbar ist; da aber für die Zumessung der Beweislast der Umstand entscheidend ist, daß der Beklagte die Commissions-Note mit beigefügten Preisen (Anlage C.), in welcher eines, zu Gunsten des Beklagten bewilligten Rabattes nicht erwähnt wird, entgegengenommen hat, so daß die von Beklagtem aufgestellte, die Existenz eines Trödelvertrages constituirende Behauptung, es sei ausgemacht worden, daß er nur 66 2/3 % zu zahlen habe, als ein Zusatz zu dem abgeschlossenen Geschäfte zu behandeln und zu erweisen ist, auch die, in der appellatorischen Vernehmlassung geltend gemachten Momente für sich allein nicht genügend, eine dem Beklagten günstige Präsumtion zu begründen;

da nun Beklagter, für den Fall des Mißlingens des ihm nachzulassenden Beweises, zur Ablegung einer, speciell jeden einzelnen von ihm effectirten Verkauf der ihm in Commission gegebenen Waaren umfassenden Rechnung, und zur eventuellen Justification derselben verpflichtet sein, und den Erlös deductis deducendis dem Kläger auszukehren, beziehungsweise in Rechnung zu vergüten haben würde, wogegen die Frage, ob und in wieweit Kläger sich die wirklich vom Beklagten gelöseten, hinter den Ansätzen der Commissions-Note zurückstehenden Preise gefallen zu lassen hätte, und welche Provision dem Beklagten nach den obwaltenden Verhältnissen zuzubilligen sein möchte, späterer Erörterung und Entscheidung vorzubehalten ist:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 21. Januar d. J. wiederum aufzuheben, und Beklagter schuldig sei, innerhalb 4 Wochen bei Vermeidung einer im Ungehorsamsfalle zu steigernden Strafe von 100 ℳ eine speci-

ficirte Rechnung über die von ihm effectuirten Verkäufe der, in der Anlage C. aufgeführten, ihm in Commission gegebenen Waaren, Klägern alle Gerechtsame vorbehältlich, vorzulegen, es sei denn, Beklagter könnte beweisen:

daß zwischen ihm und den klägerischen Vollmachtgebern abgemacht worden, Beklagter habe nur 66⅔ % der in der Anl. C. aufgeführten Preise dem Kläger auszukehren;

welchen Beweis Beklagter, Klägern Gegenbeweis vorbehältlich, innerhalb 8 Tagen sub poena desertionis anzutreten hat.

Es ist die Sache, unter Compensation der Kosten der Appellations-Instanz, zum weitern Verfahren und zur Entscheidung über die, in Betreff des Quantum der dem Beklagten übergebenen Waaren, und in Betreff der vom Beklagten geleisteten Zahlungen zwischen den Parteien obschwebenden Streitpunkte, an das Handelsgericht zu remittiren.

Dies Erkenntniß ward vom O.-A.-Gericht am 16. September 1865 bestätigt, mit folgenden Entscheidungsgründen:

I. Ueber den Grund oder Ungrund der ersten beklagtischen Beschwerde, daß nicht das die Kläger mit ihrer Klage wegen Dunkelheit derselben abweisende Erkenntniß erster Instanz confirmirt worden sei, war lediglich nach dem Inhalte der Handelsgerichts-Verhandlungen zu entscheiden.

Die Klage bestand in Folgendem: Die Kläger legten ein specificirtes Verzeichniß einer beträchtlichen Menge von Waaren (Tuchen und ähnlichen Fabrikaten) vor, mit beigefügten Werthangaben. Sie behaupteten, daß der Beklagte im Besitz eines jenem Verzeichniß entsprechenden „Commissionsnotenbuches" sei, und forderten dessen Edition. In Betreff der Waaren gaben sie an, dieselben seien von ihnen „dem Beklagten in Verkaufs-Commission gegeben," und forderten von demselben „Ertheilung einer Abrechnung über jene in Verkaufs-Commission gegebenen Waaren," sich weitere Gerechtsame und Anträge reservirend. — Diese Klagstellung leidet an keinem Mangel. Die Natur des derselben zu Grunde gelegten Ge-

schäfts, „Verkaufs-Commission;" der Gegenstand desselben, die specificirten Waaren; endlich Dasjenige, was die Kläger von dem Beklagten forderten, alles Dieses ist mit Bestimmtheit angegeben. Die Klage ist auch nicht, wie vom Beklagten behauptet wird, später dadurch dunkel geworden, daß die Kläger replicando mit nothwendigen Angaben oder Aufklärungen zurückgehalten haben.

Der Beklagte gab in seiner exceptivischen Vertheidigung zu, daß er Verkaufs-Commissionair der Kläger gewesen sei, indem er die qu. Waaren als durch ihn „von den Klägern in Commission zum Verkauf genommen" und „ihm zur bestmöglichen Versilberung übergeben" bezeichnete. Nur insofern weichen seine Angaben über den Inhalt des Geschäfts von denjenigen der Kläger ab, als es auf den „Verdienst," welchen er, der Beklagte, von dem Geschäfte habe beziehen sollen, ankam. Hierüber behauptete er, daß Dasjenige, was er über 66²/₃ % der klägerischen Werthnotirungen erlangen würde, sein Verdienst habe sein sollen. Dieses Vorbringen veranlaßte die Kläger in der Replik freilich zu acceptiren, daß der Beklagte einräume, die fraglichen Waaren (bis zu dem von ihm zugestandenen Werthe von 26,030 ℳ Bco.) in Commission erhalten zu haben, allein zu bestreiten, daß ein Rabatt von 33¹/₃ % verabredet sei. Es sei überhaupt kein Rabatt ein- für allemal festgesetzt, sondern nur in einzelnen Fällen, wenn der Beklagte deshalb Anfrage gehalten habe, sei ein Rabatt, der in den einzelnen Fällen verschieden gewesen, bewilligt worden.

Das Mangelhafte dieser replikarischen Erklärung soll nun nach des Beklagten Meinung darin bestehen, daß eine specificirte Bezeichnung der einzelnen Waarenposten, in Betreff deren nach der Angabe der Kläger eine besondere Vereinbarung über einen Rabatt geschlossen sein solle, nebst Angabe der Größe der resp. zu machenden Abzüge, von den Klägern hätte geliefert werden müssen, aber nicht geliefert worden sei. Das Handelsgericht ist dem Beklagten hierin beigetreten, wobei Es jedoch die in Rede stehenden replikarischen Angaben

in einem weiteren Sinne auffaßte, als auf welchen das Protocoll hinführt. Dieses redet nur von „einzelnen Fällen," in welchen auf besondere Anfrage des Beklagten ein Rabatt bewilligt worden sei, während das Handelsgericht einen „vor dem jedesmaligen Verkauf" festgestellten Rabatt als behauptet annimmt. Mag man indessen die replikarische Angabe als in einem minder weiten oder in einem weiteren Umfange ertheilt auffassen, ein Mangel, vollends ein solcher, welcher die Abweisung der Klage zur Folge haben müßte, ist nicht darin zu erblicken. Abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Punkte, daß durch ein vorgängiges Beweisverfahren der Streitpunkt wegen des dem Beklagten zufolge seiner Behauptung zugesicherten Verdienstes zu erledigen war, und von den hieraus sich ergebenden weiteren Folgen, war der fernere ordentliche Gang der Sache der, daß der Beklagte Abrechnung über die Verkäufe vorzulegen hatte, und demnächst es den Klägern oblag, ihre Monita beizubringen. Dann mußte es sich zeigen, ob die Kläger vermeinten, einen größeren oder geringeren Theil der Preise der Specification (Anlage 1), und welche derselben, als Verkaufs-Limiten geltend machen zu können, oder ob sie, was man bei der Abwesenheit einer derartigen in erster Instanz vorgekommenen Behauptung anzunehmen Veranlassung hatte, dieselben nur — in der gewöhnlichen Weise der Consignations-Facturen — als Werthangaben zu dem Zwecke mitgetheilt hätten, um dem Beklagten als Anhaltspunkt oder Leitfaden für die Preisbestimmungen bei den Verkäufen zu dienen.

Wenn die Kläger in jetziger Instanz und auch, freilich minder bestimmt, schon vor dem Obergerichte die Preisnotirungen der Specification ohne Weiteres als Limiten zu behandeln versucht haben, so kommt es darauf bei der Beurtheilung des Punktes, wie das Handelsgericht die Klage aufzufassen und zu behandeln gehabt habe, nicht an, da hiefür nur die vor Ihm vorgekommenen Verhandlungen in Betracht kommen konnten. Uebrigens ist auch das Obergerichts-Erkenntniß, welches von den Klägern nicht angefochten ist,

davon ausgegangen, daß die qu. Preisnotirungen „nicht oder doch nicht durchweg als Limiten haben gelten sollen."

Unbegründet ist die wiederholt von dem Beklagten vorgebrachte Behauptung, daß es sich um eine Klage auf Abrechnung über einen gewissen Geldbetrag gehandelt habe, so daß die Kläger als Grundlage ihres Antrages nothwendiger Weise einen bestimmten Geldbetrag fest begrenzt hätten angeben müssen. Es ist von Diesen mit Bestimmtheit Abrechnung über das Ergebniß der Waaren-Verkäufe verlangt worden.

Zufolge des Bisherigen war die Klage auch nach dem Hinzukommen der in Rede stehenden replikarischen Angabe der Kläger nicht verwerflich.

Durch das Vorstehende erledigt sich zugleich

II. die zweite Beschwerde, welche im Verhältniß zu der principaliter beantragten Abweisung der Klage (angebrachtermaßen) auf das Minus einer den Klägern aufzulegenden Vervollständigung der Replik gerichtet ist. Daß es auch einer solchen Auflage nicht bedurfte, ergiebt sich aus dem Obigen von selbst.

Zweifelhaft ist es einigermaßen

III. ob nicht der Beklagte mit Grund sich darüber beschwert, daß das Obergericht in Betreff der von ihm, dem Beklagten, behaupteten Vereinbarung wegen des ihm als Verdienst zugebilligten Ueberschusses des Verkaufs-Erlöses über 66⅔ % der klägerischerseits aufgeführten Preise ihm die Beweislast zugetheilt hat. Auch hiefür kommt es wesentlich auf den Inhalt der Handelsgerichts-Verhandlungen an. Hätte der Beklagte in Abrede gestellt, daß zwischen ihm und den Klägern — wie von diesen angegeben worden — eine Verkaufs-Commission zu Stande gekommen sei, so würde es die Sache der Letzteren gewesen sein, den ihnen geläugneten Klagegrund — den Abschluß der Verkaufs-Commission — zu beweisen; und insofern in den Angaben des Beklagten eine ausreichende Behauptung, daß zwischen ihm und den Klägern ein Trödelcontract eingegangen sei, gefunden werden könnte,

wäre dem Beklagten vorzubehalten gewesen, seinen Gegenbeweis auch hierauf, als auf den Beweis eines anderen Sachverhalts, zu richten. Es fehlt indessen an einer dem Vorstehenden entsprechenden Erklärung des Beklagten. Er hat — worüber schon oben das Nähere angegeben worden ist — nicht geläugnet, daß das zwischen ihm und den Klägern zu Stande gekommene Geschäft wesentlich eine Verkaufs-Commission gewesen ist, und jedenfalls reichte die Behauptung einer einzelnen Contractsbestimmung (der Stipulation nemlich, daß dem Beklagten als Verdienst bleiben solle, was er über 66⅔ % des Werthes der Waaren lösen würde), einer Contractbestimmung, welche freilich das Ergebniß eines vereinbarten Trödel-Contractes hätte sein können, allein auch mit dem Bestehen einer Verkaufs-Commission vereinbar gewesen wäre, nicht aus, um diese letztere als geläugnet, jenen aber als behauptet anzunehmen. Der Beklagte hat denn auch weder in erster, noch in seiner Vernehmlassung zweiter Instanz, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend durch sonstige Substanziirung eines Trödel-Contracts, das Zustandekommen eines Geschäftes letztgedachter Art irgendwie geltend gemacht.

Unter diesen Umständen konnte das in Rede stehende Vorbringen nur als die Behauptung einer außerhalb der regelmäßigen Bestandtheile der Verkaufs-Commission liegenden, die Rechte der Kläger als Verkaufs-Committenten außerordentlicher Weise beschränkenden Nebenberedung angesehen werden, deren Beweis dem Beklagten oblag.

Die von dem Beklagten zu dem Zwecke, um sich von der Beweislast zu befreien, in gegenwärtiger Instanz angeführten Umstände, aus denen eine hohe Wahrscheinlichkeit sich ergeben soll, daß die in Rede stehende Stipulation geschlossen worden sei, kommen nicht in Betracht. Wahrscheinlichkeits- oder Unwahrscheinlichkeitsgründe üben auf die Vertheilung der Beweislast niemals Einfluß aus. Es bedarf mithin eines Eingehens auf das bezügliche beklagtische Vorbringen und die beigebrachten Schriftstücke nicht.

Andererseits kann aber auch dem vom Obergerichte für erheblich geachteten Umstande, daß der Beklagte das Commissionsnotenbuch, in welchem eines zu Gunsten des Beklagten bewilligten Rabattes erwähnt worden sei, entgegengenommen habe, keine Bedeutung in der hier fraglichen Richtung beigelegt werden. Eine Nothwendigkeit, das so, wie es vorliegt, abgefaßte Scriptum — nur eine Waaren-Specification mit Werthangabe enthaltend — für den Fall zurückzuweisen, wenn der Beklagte wirklich einen Trödel-Contract abgeschlossen gehabt hätte, würde nicht bestanden haben.

War freilich zufolge des Obigen in der Begründung der vom Beklagten angefochtenen Entscheidung den vorigen Richtern nicht ganz beizutreten, so erschien doch diese Entscheidung selbst durchaus dem Inhalte der Acten und der rechtlichen Sachlage entsprechend.

---

64. Bremen.

Dr. **G. F. Setzer** als Curator des Nachlasses von **H. C. Schröter**, jetzt **G. A. Kempermann** in väterlicher Gewalt von **R. Kempermann** zu Bremen, Kläger, wider **H. Ehlers** daselbst, Beklagten, Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Es handelt sich um die Frage, ob der Beklagte, welcher für den in Rubro genannten Schröter 400 ℔ Gold eincassirt hat, um selbige sofort ihm zu überbringen, den Beweis, daß die Ueberbringung geschehen sei, bis zum Ergänzungseide geführt habe.

Schröter starb unverehelicht zu Bremen am 16. Jan. 1864. Seine alleinigen Hausgenossen waren zwei Mägde, Kücker und Brandt, von denen Letztere Krankenwärterdienste bei ihm

versah. Nach Schröters Tode entstand sofort starker Verdacht, daß aus dem Nachlasse Geld sowie andere Sachen abhanden gekommen. Auch zeigte sich, daß aus des Verstorbenen Rechnungsbuch mehrere, die Aufzeichnungen vom November und December 1863, vielleicht auch vom Januar 1864, betreffende Blätter ausgeschnitten seien. Auf Denunciation ward deshalb eine Untersuchung gegen jene Mägde und noch eine andere Person eingeleitet, welche aber durch Beschluß der Anklagekammer vom 4. August 1864 wegen mangelnder Anzeigen beendigt wurde.

Am 18. Juni 1864 erhob nun der Nachlaßcurator (während des Rechtsstreits ersetzt durch A. Kempermann in väterlicher Gewalt, als legitimirten Successor in die streitige Forderung) beim Bremischen Obergericht Klage auf Auszahlung von 400 ₰ Gold, welche der Beklagte Ehlers am 2. Jan. 1864 aus der Immobiliarmasse des H. Sanders'schen Concurses an der Obergerichtskanzlei in Auftrag des Schröter für diesen erhoben habe. Nach verhandelter Sache erkannte das O.-Gericht auf Beweis des Beklagten: daß er, Beklagter, die von ihm am 2. Januar 1864 von der O.-G.-Kanzlei für H. Chr. Schröter zur Concursmasse des H. Sanders gehörigen 400 ₰ an H. C. Schröter ausbezahlt habe.

Auf beklagtische Beweisführung erkannte sodann das Obergericht am 19. December 1864 dahin:

in Betracht, daß, die Aussagen der beklagtischen Beweiszeugen anlangend, durch dieselben der dem Beklagten obliegende Beweis als zur Hälfte geführt anzunehmen ist, da

a. der Zeuge Villmer ausgesagt hat, Schröter habe ihn beauftragt, den mit Schröter befreundeten Beklagten zu ersuchen, zu dem, damals erkrankten, Schröter zu kommen, und zwar, wie Zeuge sich zu erinnern glaube, wegen der aus Sanders Concursmasse herrührenden, auf dem Rathhause deponirten 400 ₰; diesen Auftrag habe Zeuge ausgerichtet, und dann am 2. Jan. 1864 den Beklagten bei Schröter getroffen, und gehört, daß der Letztere sich bei dem Beklagten wegen des vom Rathhause geholten Geldes bedankt habe;

hierauf habe Schröter dem Zeugen, nachdem Ehlers weggegangen sei, erzählt, Ehlers habe ihm die 400 ℔ aus Sanders Concursmasse vom Rathhause geholt; mit dieser Deposition aber auch

b. die Aussage der Zeugin Kücker im Wesentlichen übereinstimmt, indem diese Zeugin, ihrer Angabe nach, gehört hat, daß sich Schröter kurz nach Neujahr bei dem Beklagten wegen eines für ihn nach dem Rathhause gemachten Weges bedankt hat, und später von Schröter (der auch dem Zeugen Degen mitgetheilt hat, daß Ehlers von ihm mit Eincassirung des qu. Geldes beauftragt worden sei,) der Zeugin erzählt worden ist, daß ihm Ehlers Papiere vom Rathhause geholt habe; endlich aber

c. die Zeugin Brandt deponirt: Ehlers sei kurz vor, oder nach Neujahr 1864 zu Schröter gekommen, und habe in ihrer Gegenwart mehrere hundert Thaler Gold und Silbergeld dem Schröter auf den Tisch gezählt, welche Schröter theils in einen leinenen Beutel, theils in eine Papierdüte gesteckt, und dann das Geld in sein Pult gelegt und letzteres verschlossen habe; dabei habe Ehlers gesagt: „das sei das Geld von Sanders." Ferner habe Schröter damals und auch später, als Ehlers wiederholt deshalb zu Schröter gekommen sei, vergeblich den Versuch gemacht, ein Papier, welches ihm Ehlers vorgelegt habe, — wahrscheinlich eine Quittung, zu unterschreiben, indem ihn seine Krankheit daran verhindert habe; — daß, wenn man auch darin dem Kläger beipflichtet, daß die beiden Zeuginnen Brandt und Kücker, wie die, sie betreffenden, Untersuchungsacten ergeben, keineswegs classisch, vielmehr erheblich suspect sind, doch ihre Aussagen, und ferner die damit im Einklange stehenden Depositionen Villmers, sowie endlich der, unter den obwaltenden Verhältnissen nicht völlig irrelevante Umstand, daß (wie Kläger eingeräumt hat,) von Seiten des Beklagten dem Falliten Sanders ein Wechsel zurückgegeben worden ist, den Hermann Sanders und dessen Bruder Heinrich ausgestellt hatten und der von dem Ersteren seinem Gläubiger Schröter zu meh-

rerer Sicherheit für seine qu. Obligationsforderung von 400 ℛ behändigt worden war, — für die Erbringung des dem Beklagten obliegenden Beweises insoweit ins Gewicht fallen, daß diesem Letzteren, im Beihalt des Umstandes, daß er allein von der Wahrheit zu schwören im Stande ist, die Ableistung eines Ergänzungseides, in Gemäßheit der Vorschrift des § 264 der Gerichtsordnung, auferlegt werden mußte, daß endlich für den Fall der Abstattung dieses Eides der beklagtische Beweis als geführt anzunehmen, und als Folge davon die erhobene Klage als unbegründet zurückzuweisen war, während in Betreff der Proceßkosten die Vorschrift des § 301 der Gerichtsordnung als Richtschnur dienen mußte,

I. daß der dem Beklagten auferlegte Beweis durch die Aussagen der vernommenen Beweiszeugen als zur Hälfte geführt anzunehmen sei;

II. daß dem Beklagten aufgegeben werde, bei Vermeidung der sonst anzunehmenden Eidesweigerung im Termine vom 9. Januar 1865 einen Ergänzungseid dahin abzustatten, daß er die, von ihm am 2. Jan. 1864 von der Obergerichtscanzlei für Heinrich Christoph Schröter erhobenen, zur Concursmasse von H. Sanders gehörigen 400 ℛ an Heinrich Christoph Schröter ausbezahlt habe.

Für den Fall der Leistung dieses Eides wird der beklagtische Beweis für völlig geführt erkannt, und die erhobene Klage, unter Verurtheilung des Klägers in sämmtliche Proceßkosten, soweit darüber noch nicht erkannt worden, als unbegründet zurückgewiesen, wogegen für den Entstehungsfall die weitere rechtliche Entscheidung vorbehalten bleibt.

Dies Urtheil ward in der Revisions-Instanz am 4. März 1865 bestätigt.

Auf klägerische Appellation erging unterm 18. September 1865 vom O.-A.-Gericht ebenfalls bestätigendes Erkenntniß mit folgenden Entscheidungsgründen:

Den vorigen Richtern war in der Beurtheilung des beklagtischen Beweises schon nach den Aussagen der Zeugen Rücker und Degen, in Verbindung mit den aus der Gesammt-

heit des Sachverhältnisses zu Gunsten des Beklagten sich ergebenden Vermuthungen, beizutreten. Hiernach war es

1) unerheblich, daß der Aussage der Zeugin Brandt gar kein Werth beizulegen ist. Erschien die Glaubwürdigkeit dieser Zeugin schon einigermaßen gemindert, weil sie vor wenigen Jahren wegen Diebstahls und Unzucht in eine achtmonatliche Gefängnißstrafe verurtheilt worden ist und weil sie in der wegen Unrechtfertigkeiten in Betreff des Schröterschen Nachlasses zu Bremen geführten Criminal-Untersuchung das Gegentheil dessen ausgesagt hat, was von ihr im vorliegenden Processe deponirt worden ist.

> Criminal-Acten Prot. pg. 35:
> „sie habe nicht gesehen, daß Ehlers dem Schröter Geld ausbezahlt habe,"

so verliert ihre gegenwärtig vorliegende Deposition vollends alle Bedeutung, weil die darin angegebenen näheren Umstände des in Rede stehenden Hergangs im Widerspruch mit den eigenen Angaben des Beklagten stehen. Es ist gewiß, daß dem Letzteren die 400 ₰, welche er für Schröter auf der Obergerichts-Kanzlei erhoben hat, dort in 4 Bankscheinen von je 100 ₰ ausgekehrt worden sind, und von ihm niemals anders behauptet worden, als daß er diesen Betrag in denselben dort erhaltenen Werthpapieren dem Schröter überliefert habe. Wenn diesem Umstande gegenüber die Zeugin Brandt von mehreren Hundert Thalern „in Gold- und Silbergeld" redet, welche der Beklagte dem Schröter auf einen Ausziehetisch „hingezählt" habe, und demnächst von Jenem theils in einen leinenen Beutel, theils in eine Papierdüte geschüttet worden seien, so ist anzunehmen, daß entweder die Zeugin Brandt wissentlich unwahr ausgesagt oder den in Betracht kommenden Vorfall mit einem anderen verwechselt haben muß.

Es war ferner

2) unnöthig, die Sache auf Grund des vom Kläger in Beziehung auf den Zeugen Villmer beigebrachten und ohne Grund vom Beklagten als unzulässig angefochtenen Novum (des Schwurgerichts-Erkenntnisses vom 24. März 1865, durch

welches Villmer wegen Wechselfälschung und fahrlässigen Bankrotts in eine Zuchthausstrafe von 2 Jahren verurtheilt worden ist) an das Obergericht zurückzuverweisen, wie dies in dem Falle, wenn es auf die Villmersche Aussage angekommen wäre, wegen der Relevanz des Novum — da Villmer als Wechselfälscher Mangel an Wahrheitsliebe und moralische Unwürdigkeit bekundet, mithin als Zeuge jede Glaubwürdigkeit eingebüßt haben würde,

Bayer Civilproceß § 246, Ed. 8. S. 808.
O.-A.-Ger.-Erk. in S. Bauer c. Lemmé Curatores, 1860. Frankf. Samml. (Sauerländer) Bd. 5. S. 277.

zufolge § 132 der Gerichtsordnung vorgängig hätte geschehen müssen.

Die Gründe nun, welche, abgesehen von den Aussagen der Brandt und des Villmer, eine Bestätigung des Obergerichts-Erkenntnisses gerechtfertigt erscheinen lassen, sind folgende:

Wie der Beklagte ohne Widerspruch des Klägers behauptet hat und durch die Aussage des unverdächtigen Zeugen Degen bekräftigt wird, auch dem allgemeinen Inhalte der Untersuchungs-Acten entspricht, nach welchem der verstorbene Schröter als ein geiziger Wucherer erscheint, hat Letzterer bei der in Rede stehenden Angelegenheit (der Erhebung der 400 ℳ, welche für ihn, Schröter, auf der Obergerichts-Kanzlei deponirt waren) ohne Geneigtheit, anderen Personen Vertrauen zu schenken, gehandelt. Nach des Degen Aussage hat er darüber geklagt, wegen Krankheit das Geld nicht selbst holen zu können, und gleichwohl das Anerbieten des Zeugen, ihn dabei zu vertreten, zurückgewiesen. Wenn er nun später den Beklagten mit der Erhebung des Geldes beauftragte, und zwar demselben am 2. Januar eine schriftliche, von diesem unbestritten noch an dem nämlichen Tage benutzbare und benutzte Legitimation zu diesem Zwecke zustellte, so lag es nicht nur im Allgemeinen in der Natur des Auftrages, daß der Beklagte das zu erhebende Geld dem Schröter *sofort* zu überbringen hatte, sondern es ist auch bei der Persönlichkeit

und dem vorangehenden Verhalten des Letzteren anzunehmen, daß dieser die sofortige Ueberbringung des Geldes als einen Selbstverstand erwartete und das etwanige Ausbleiben desselben, event. die Nichtzurückgabe der Legitimation, falls nicht das Geld selbst erfolgt sein sollte, nicht ruhig ertragen, sondern den Beklagten mit Nachdruck zur Verantwortung gezogen haben würde. Hievon liegt indessen Nichts in der Behauptung des Klägers oder in den Aussagen der Zeugen vor, vielmehr sind folgende Depositionen von großer Erheblichkeit für die Annahme, daß der Beklagte das Geld dem Schröter zu dessen Zufriedenheit zugestellt habe:

1) Die Zeugin Kücker — deren persönliche Glaubwürdigkeit deshalb, weil sie in eine Untersuchung verwickelt gewesen, jedoch durch die Anklagekammer außer Verfolgung gestellt worden ist, nicht verringert erscheint — hat deponirt, daß der Beklagte kurze Zeit nach Neujahr 1864 bei Schröter gewesen sei, und Schröter nicht nur freundlich gegen ihn, den Beklagten, sich erwiesen, sondern auch bei ihm sich bedankt habe, „den Weg für ihn gemacht zu haben.“ Dies kann den Umständen nach nur als eine Zufriedenheitserklärung des Schröter mit der Ausführung des dem Beklagten ertheilten Auftrages, also als eine Anerkennung, daß das Geld ihm, dem Schröter, zugekommen sei, aufgefaßt werden.

Ferner hat die Kücker ausgesagt: Schröter habe von „einem Wege nach dem Rathhause“ gesprochen, den der Beklagte für ihn gemacht, und der Zeugin erzählt, der Beklagte habe „Papieren für ihn von dem Rathhause“ geholt, unter welchen „Papieren“ Schröter sehr wohl die Bankscheine verstanden haben kann. Ueberdies liegt von einer zweimaligen beklagtischen Besorgung Schröterscher Angelegenheiten auf dem Rathhause Nichts vor.

2) Der Zeuge Degen deponirt, und zwar aus einer Zeit, nachdem Schröter dem Beklagten den fraglichen Auftrag gegeben hatte, daß der Erstere mit ihm über das Eincassiren des Geldes und den deshalb dem Beklagten ertheilten Auftrag sich unterhalten habe, ohne daß derselbe irgend welche

Unzufriedenheit, sei es damals, sei es bei dem bezeugten späteren Zusammenkommen des Zeugen mit ihm bekundet hätte. Mit Recht hat das Obergericht in revisorio auf diesen Umstand ein erhebliches Gewicht gelegt.

Es kommt hinzu, daß Schröter unbestritten dem Schuldner Sanders den Wechsel über 400 ♂, welchen er diesem nach Berichtigung des in Rede stehenden Schuldbelaufes auszuhändigen hatte, und zwar durch den Beklagten, hat zustellen lassen. Aus dieser Thatsache ist mit großer Wahrscheinlichkeit zu folgern, daß Schröter schon vorher das Geld empfangen haben wird. Konnte freilich, wie der Kläger richtig bemerkt, nach gerichtlicher Deposition des Schuldbetrages für Schröter, Sanders Auslieferung des Wechsels rechtlich selbst dann fordern, wenn Schröter das Geld noch nicht hatte erheben lassen oder erhalten hatte, so liegt doch von einem darauf gerichteten Antrage des Sanders Nichts vor, und der freiwilligen Uebersendung des Wechsels seitens des Schröter an ihn, überdies durch den Beklagten, welcher erst am 2. Jan. von diesem in der Angelegenheit beauftragt wurde, ist deshalb, zumal in Betracht der oben bezeichneten Persönlichkeit des Schröter, Erheblichkeit zu Gunsten des Beklagten beizulegen.

Gegenbeweis ist von dem Kläger überhaupt nicht versucht worden. Der von ihm geltend gemachte Umstand, daß der Geldeingang, wenn er erfolgt wäre, muthmaßlich von Schröter gebucht worden sein würde, jedoch gebucht nicht vorgefunden worden sei, ist bedeutungslos. Die klägerische Partei hat die Vernichtung der Buchaufzeichnungen der betreffenden Zeit wiederholt behauptet. Eben so wenig kann es auf die Andeutung des Klägers ankommen, der Beklagte möge die 400 ♂ von Schröter als Darlehn erhalten haben. Wäre dies geschehen, so würde dem Letzteren das Geld rechtlich zugekommen sein, denn nur in diesem Falle hätte der Beklagte Darlehnsschuldner des Schröter für diesen Belauf werden können. Die actio mandati des Klägers wäre jedenfalls verwerflich gewesen.

65. Hamburg.

J. P. Christie, nunmehr Curatores bonorum desselben, zu Hamburg, Kläger, wider **S. Pearson & Comp.,** nunmehr **P. Pearson** m. n. **S. Pearson** als früheren Inhabers der gedachten Firma, ebendaselbst, Beklagten, Contocourantforderung betreffend.

Rechtsfall. J. P. Christie in Hamburg, an dessen Stelle, nach eingetretener Insolvenz desselben, seine Curatores bonorum getreten sind, hat gegen den ehemaligen Inhaber der Firma Samuel Pearson & Co. daselbst beim Handelsgerichte, auf Grund eines vorgelegten Contocourants, einen bedeutenden Saldo eingeklagt, der Beklagte aber nicht allein diese Forderung bestritten, sondern auch eine, ursprünglich in separato gegen Christie erhobene, Klage gegen dessen Massecuratoren als Widerklage weiter verfolgt.

In der höchsten Instanz handelte es sich nur um diese Widerklage und einen einzelnen Posten aus dem Contocourantverhältnisse.

I. Die (später als Widerklage behandelte) Klage von Samuel Pearson & Co. gegen Christie ging dahin: der letztere habe ein Lager von s. g. Ledertuch von Jonas Simonsen & Co. in London gehabt und die Kläger (jetzt Widerkläger) ersucht, zu erlauben, daß er seinem genannten Hause sie, die Kläger, als (angebliche) Käufer diverser Pöste zum Betrage von 985 £ 2. 6. aufgebe. Kläger hätten dies gestattet, seien von Simonsen dafür belastet worden und hätten den letzteren diese 985 £ 2. 6. bezahlt. Der Beklagte habe darauf jedoch erst 704 £ 26. den Klägern vergütet, weshalb gebeten werde, denselben zur Zahlung des Restes mit 280 £ 16. nebst Zinsen und Kosten zu verurtheilen.

Bei erfolgter negativer Einlassung ist der Widerkläger sowohl im handelsgerichtlichen Erkenntnisse vom 11. Mai 1861 als auch in dem, auf Appellation des Beklagten und Widerklägers erlassenen Obergerichtserkenntnisse vom 22. Juni 1863 zum Beweise seines Klagegrundes verpflichtet worden. Beide Erkenntnisse differiren nur in der Fassung des Beweissatzes, wie dies aus den oberappellationsgerichtlichen Entscheidungsgründen unter I. des Näheren zu ersehen ist.

II. Das Factische des anderen Streitpunktes ist Folgendes: Christie hatte 5 auf Warren Russel & Co. in London gezogene Wechsel an Pearson gegeben und diesen für deren Betrag im Contocourant belastet. Die Wechsel sind aber, bei eingetretener Insolvenz des Bezogenen, nicht honorirt worden. Pearson begehrte nun, mit dem Belaufe der Wechselsumme und der entstandenen Unkosten, im Ganzen 586 £, wieder creditirt zu werden, die Kläger hielten sich zu solcher Creditirung nur gegen Rückgabe der fraglichen Wechsel verpflichtet, wogegen Beklagter duplicando behauptete, daß diese Rückgabe erfolgt sei, einen desfallsigen Beweis aber für nicht mehr erforderlich erklärte, weil Kläger bereits in einem früher ihm übergebenen, als Anl. 24. des Handelsgerichts-Erkenntnisses producirten Contocourant vom 17. April 1857 die Beträge der fraglichen Wechsel, die dort als „returned bills" bezeichnet seien, ihm in's Credit gesetzt habe.

Das Handelsgericht erkannte bezüglich dieses Streitpunktes:

Da die Contocourant vom 17. April 1857, selbst wenn deren Echtheit nachgewiesen würde, doch nicht ohne Weiteres darthut, daß die fraglichen Wechsel auf Warren Russel & Co. an Christie zurückgeliefert sind, indem der Ausdruck „returned" nur bezeichnet, daß diese Wechsel von den Trassaten unbezahlt geblieben;

da es also dem Beklagten, welcher für die empfangenen Wechsel belastet ist, obliegt, um für deren Beträge wieder creditirt zu werden, den Nachweis seiner Behauptung zu erbringen, daß die fraglichen Wechsel (Anlage A. Posten

16 — 29) dem klägerischen Curanden wieder ausgeliefert seien:

daß mandatario nomine Beklagter den Beweis dieses Punktes zu führen und, vorbehältlich klägerischen Gegenbeweises, innerhalb 8 Tage bei Verlust der Beweisführung anzutreten schuldig.

Und bleibt die Benutzung des bereits Beigebrachten vorbehalten, wie es bei verfehltem Beweise dem Beklagten reservirt wird, die Creditirung der in Rede stehenden £ 584. zu verlangen, wenn er die Wechsel (respective nebst Protesten) und die auf dieselben etwa eincassirten Beträge den curatorio nomine Klägern nachträglich ausliefert.

Das Obergericht aber hat, auf beklagtische Appellation, dahin reformirt, daß dem Beklagten, vel alternative vel cumulative mit dem Beweise der Wiederauslieferung der Wechsel, der Beweis der Echtheit der Contocourant vom 17. April 1857 (Anl. 26 der H.-G.-Act.) nachzulassen sei, weil, diese Echtheit vorausgesetzt, das Verhältniß der Tratten von Christie auf Warren Russel & Co. seine Regulirung dadurch finden würde, daß diese Tratten von dem klägerischen Curanden den beklagtischen Mandanten ohne Weiteres wiederum creditirt sind, indem, ganz abgesehen davon, daß die Bezeichnung dieser Wechsel in Contocourant als returned bills in Verbindung mit dem Umstande, daß zugleich die Expences dafür creditirt worden, nicht füglich anders aufgefaßt werden kann, als daß diese Wechsel zurückgegeben sind, diese Creditirung in Contocourant jedenfalls eine neue selbstständige Verbindlichkeit des klägerischen Curanden den beklagtischen Mandanten gegenüber constituiren würde.

Auf Appellation des Klägers wurde durch Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 21. Sept. 1865 ad I. das Obergerichts-Erkenntniß bestätigt, ad II. dagegen das Han-

delsgerichts-Erkenntniß wiederhergestellt, mit folgenden Entscheidungsgründen:

I. Anlangend den mit der Widerklage combinirten Posten von £ 280. 16 sh., so ist, bei erfolgter negativer Einlassung, dem Widerkläger vom Handelsgerichte der Beweis auferlegt worden:

daß seine Mandanten (S. Pearson & Co.) an J. Simonsen & Co. in London als Käufer für die gedachten (in Anl. № 1 zur Separatklage specificirten) Pöste Waaren vom klägerischen Curanden (J. P. Christie) aufgegeben seien und diese Beträge an J. Simonsen & Co. bezahlt haben, während die fraglichen Waaren an J. P. Christie geliefert worden.

Die hiergegen beim Obergerichte erhobene Beschwerde des Widerklägers ging lediglich auf Streichung des Schlußsatzes, wodurch ein Beweis über die Lieferung der Waaren an Christie gefordert wurde. Das Obergericht hat dieser Beschwerde entsprochen, zugleich jedoch auch den übrig bleibenden Theil des Beweissatzes geändert, so daß dieser nunmehr lautet:

daß der klägerische Curande die beklagtischen Mandanten ersucht habe, sie an J. Simonsen & Co. in London als Käufer für die gedachten Pöste Waaren aufgeben zu dürfen, und daß sie diese Beträge an J. Simonsen & Co. bezahlt haben.

In dem hiergegen gerichteten ersten Theile ihrer dermaligen einzigen Beschwerde verlangen nun Kläger und Widerbeklagte

principaliter die Herstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses, also die Wiederaufnahme der beiden Thatsachen in den Beweissatz:

1) daß S. Pearson & Co. von Christie als Käufer der fraglichen Waaren an J. Simonsen & Co. aufgegeben worden seien, und

2) daß die Letzteren diese Waaren an Christie geliefert haben;

wogegen sie für den Fall, daß diesem Verlangen in seinem ganzen Umfange entsprochen werden sollte, auf den vom Obergerichte geforderten Beweis, daß Christie an S. Pearson & Co. das Ersuchen gerichtet habe, sie als Käufer aufgeben zu dürfen, keinen Werth legen;

eventualiter: daß unter Beibehaltung des obergerichtlichen Beweissatzes (also auch der über das fragliche Ersuchen gemachten Beweisauflage) dem Beklagten wenigstens noch der unter 1) bezeichnete Beweis auferlegt werde.

Es konnte jedoch so wenig in dem einen wie in dem andern Punkte der Beschwerde entsprochen werden.

Hat J. P. Christie an S. Pearson & Co. das Ersuchen gerichtet, sie als Käufer der in Anl. № 1 zur Separatklage verzeichneten Waaren aufgeben zu dürfen, und haben die Letzteren die Erlaubniß hierzu ertheilt, oder jedenfalls wenigstens durch Zahlung des Kaufpreises an J. Simonsen & Co. ihr Einverständniß mit dem fraglichen Schritte Christie's an den Tag gelegt, so ist durch Consens ein Vertrag zu Stande gekommen, vermöge dessen

a) S. Pearson & Co. sich verpflichteten, die Verbindlichkeiten eines Käufers der fraglichen Waaren J. Simonsen & Co. gegenüber zu erfüllen, insbesondere also den von Christie ihnen aufgegebenen Kaufpreis an Jene zu zahlen, ohne ihrerseits die Rechte eines Käufers zu beanspruchen; wogegen es

b) selbstverständlich war, auch im Princip von den Widerbeklagten gar nicht bestritten wird, daß Christie das widerklägerische Haus für die Auslagen, die es in Erfüllung jenes Ersuchens machen werde, schadlos zu halten hatte.

Der rechtliche Charakter dieses Vertrags ist der eines Mandats und die Frage nicht die, ob S. Pearson & Co. durch Zahlung der fraglichen Summe an J. Simonsen & Co. ihren Auftraggeber von einer Schuld befreiet haben, sondern lediglich die, ob sie nach Maßgabe und im Sinne des ihnen gewordenen Auftrags handelten, wenn sie auf Anfordern von J. Simonsen & Co. sofort den von Christie als Kauf-

preis ihnen aufgegebenen Betrag berichtigten, oder ob sie nur unter der Voraussetzung zahlen durften, daß die unter 1) und 2) erwähnten Momente in vollkommene (objective) Gewißheit gesetzt waren. Es unterliegt nun

zu 1) in der That gar keinem Bedenken, daß S. Pearson & Co. als vollkommen gerechtfertigt anzusehen sind, wenn sie aus der Thatsache, daß J. Simonsen & Co. sie mit eben der Summe belasteten, die ihnen von Christie als der an diese zu zahlende Kaufpreis mitgetheilt worden war, den Schluß zogen, der Letztere habe von der erbetenen Erlaubniß Gebrauch gemacht und sie als Käufer der fraglichen Waare jenem Hause aufgegeben, und wenn sie, auf diese Voraussetzung hin, eine nochmalige Anfrage über den hier beregten Punkt bei ihrem Auftraggeber für überflüssig erachteten. Sollten daher auch J. Simonsen & Co. in der That von Christie gar nicht autorisirt gewesen sein, S. Pearson & Co. als Käufer der fraglichen Waaren zu behandeln, so trifft doch die Letzteren bei ihrer entgegengesetzten Supposition nicht der Vorwurf eines Verschuldens, und kann darunter ihr Recht auf Ersatz der Auslagen, die sie in pflichtmäßiger Erfüllung ihres Auftrages gemacht haben, nicht leiden.

Eher könnte es bezweifelt werden, ob nicht durch die formelle Sachlage die vorigen Richter verhindert waren, den Widerkläger von dem hier fraglichen Beweise zu entbinden, indem derselbe seine Beschwerde voriger Instanz gegen diesen Beweis speciell gar nicht gerichtet hatte. Allein bei dem materiellen Zusammenhange, in welchem die verschiedenen Theile des handelsgerichtlichen Beweissatzes zu einander standen, kann dies nicht angenommen werden. Wenn das Obergericht bei Prüfung der ihm vorliegenden Beschwerde sich überzeugte, daß der vom Handelsgerichte geforderte Beweis der Lieferung der fraglichen Waaren nur dann in Wegfall gebracht werden könne, wenn dem Widerkläger dagegen der Beweis des fraglichen von Christie ausgegangenen Ersuchens injungirt werde, daß aber dieser Beweis wiederum einen besonderen Beweis darüber, daß S. Pearson & Co. als

Käufer der Waaren an J. Simonsen & Co. aufgegeben worden, überflüssig mache, so überschritt es durch eine dieser Auffassung entsprechende neue Formulirung des ganzen Beweissatzes nicht die durch Fassung der widerklägerischen Beschwerde seiner Competenz gezogenen Grenzen.

Anlangend sodann

zu 2) die Frage, ob S. Pearson & Co. die von Christie ihnen aufgegebenen Beträge ohne Weiteres auf Anfordern von J. Simonsen & Co. berichtigen durften, und sich nicht vielmehr vorgängig darüber Gewißheit zu verschaffen hatten, daß diese Letzteren ihre Verbindlichkeiten als Verkäufer erfüllt, insbesondere die Waaren geliefert hatten, so ist es allerdings richtig, daß J. Simonsen & Co.' (abgesehen von besonderen Nebenabreden, über welche indessen sich in den Acten keine Andeutung findet) einen Kaufpreis für die in Anl. № 1 zur Separatklage verzeichneten Waaren nur nach oder gegen Lieferung dieser Waaren fordern konnten. Eine ganz andere Frage, und auf die es hier allein ankommt, ist es aber: ob das widerklägerische Haus verpflichtet war, in dieser Beziehung das Interesse seines Auftraggebers Christie zu vertreten, und diese Frage kann nur verneint werden. S. Pearson & Co. waren durch Christie über das wahre, in Betreff der fraglichen Waaren bestehende Rechtsverhältniß überhaupt gar nicht unterrichtet, es war ihnen nicht mitgetheilt worden, ob der Kauf über die fraglichen Waaren bereits geschlossen sei, oder erst noch geschlossen werden solle, ob Christie selbst oder ein Dritter der Käufer sei, für den sie ihren Namen herzugeben hatten, ob die Waare bereits im Besitze von Christie oder erst noch zu liefern, ob der Kaufpreis zu pränumeriren, bei der Lieferung zu zahlen oder creditirt sei u. s. w. Sie waren aber auch nicht von Christie auf weitere Mittheilungen, die ihnen hierüber gemacht werden sollten, verwiesen und durften solchergestalt mit vollem Rechte unterstellen, daß sie mit der ganzen Angelegenheit weiter Nichts zu thun haben sollten, als auf Anforderung von Simonsen & Co. die als Kaufpreis ihnen bereits aufgegebenen Beträge zu zahlen,

ohne sich ihrerseits um das Materielle des zwischen Christie und J. Simonsen & Co. bestehenden Rechtsverhältnisses irgend bekümmern zu sollen. Sollte dieses Verhältniß noch nicht vollständig geordnet und durch verfrühte Zahlung des Kaufpreises ein Schaden entstanden sein, so hat Christie denselben zu tragen. S. Pearson & Co., die dem ihnen gewordenen Auftrage so, wie sie denselben nach Maßgabe der Umstände verstehen mußten, entsprochen haben, können darum ihres Anspruchs auf Ersatz der gehabten Auslagen nicht verlustig gehen.

II. Der zweite Theil der klägerischen Beschwerde betrifft fünf von J. P. Christie auf Warren Russel & Co. in London gezogene Wechsel nebst Unkosten im Gesammtbetrage von £ 586. oder Bco. ℳ 7774. 8 ß. Es steht durch Einverständniß der Parteien resp. insoweit eingetretene Rechtskraft des Handelsgerichts-Erkenntnisses vom 1. Mai 1861 fest, sowohl daß die fraglichen Wechsel von Christie an S. Pearson & Co. gegeben und die Letzteren mit dem Betrage derselben im klägerischen Contocourant mit Recht belastet worden sind, als auch, daß die Bezogenen wegen inmittelst eingetretener Insolvenz die Zahlung resp. Annahme der Tratten verweigert haben, und S. Pearson & Co. hierdurch berechtigt worden sind, zu fordern, daß Christie sie, gegen Zurückgabe der Wechsel, mit dem Betrage derselben sammt Unkosten creditire. Die Differenz zwischen beiden Theilen besteht nur in thatsächlicher Beziehung darin, ob die Wechsel bereits an Christie zurückgegeben worden sind. Das Handelsgericht hat hierüber Beweis vom Beklagten gefordert, und dieser Beweis ist nicht angefochten, folgeweise auch vom Obergerichte gar nicht in Frage gezogen worden. Letzteres nimmt nur an, daß es eines speciellen Beweises über die erfolgte Zurückgabe der Wechsel dann nicht mehr bedürfen würde, wenn der vom Beklagten in [24] der Handelsger.-Acten producirte Contocourant, worin die Beträge der fraglichen Wechsel als „returned bills" bereits in's Credit von S. Pearson & Co. gesetzt sind, wirklich — wie dies die Unterschrift besagt und beklagtischerseits be-

hauptet wird — von J. P. Christie herrühren sollte; und hat deshalb dem Beklagten, alternativ mit dem vom Handelsgerichte ihm auferlegten, den Beweis der Echtheit des gedachten Contocourants nachgelassen.

Nur gegen diesen vom Obergerichte hinzugefügten Beweis ist die klägerische Beschwerde gerichtet, mit welcher die gänzliche Beseitigung desselben und Wiederherstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses, eventuell anderweite Beweisregulirung gefordert wird. Diese Beschwerde war nun auch, und zwar in ihrem principalen Theile, für begründet zu erachten, weshalb es eines Eingehens auf die eventuellen Anträge der Kläger nicht bedurfte.

Die Bedeutung des Contocourants in [24] der H.-G.-Acten für das hier in Frage stehende Rechtsverhältniß kann möglicherweise eine zwiefache sein:

A. die eines Rechtsgeschäfts, wodurch Christie verpflichtet wurde, die fraglichen Beträge als in's Credit von S. Pearson & Co. gehörig gelten zu lassen;

B. die eines bloßen Geständnisses der Thatsache, durch welche, abgesehen von einem solchen Rechtsgeschäfte, nach formeller Sachlage die Pflicht des Christie bedingt erscheint, dem Beklagten die fraglichen Beträge zu creditiren: der erfolgten Zurückgabe der Wechsel nemlich.

Es kann

zu A. dahin gestellt bleiben, ob dieser Gesichtspunkt von dem Beklagten überhaupt rechtzeitig und in gehöriger Weise geltend gemacht worden ist, da jedenfalls in materieller Beziehung der Ansicht des Obergerichts, daß die Creditirung der fraglichen Beträge im Contocourant eine neue selbstständige Verbindlichkeit des klägerischen Curanden, den beklagtischen Mandanten gegenüber, constituiren würde, nicht beizutreten steht.

Ein Rechtsgeschäft, wie es dessen zur Constituirung einer neuen selbstständigen Verbindlichkeit nothwendig bedarf, kann noch nicht durch Aufstellung und Einsendung des Contocourant von der einen Seite, sondern erst dadurch zu Stande

kommen, daß der andere Theil den ihm zugestellten Contocourant (ausdrücklich oder stillschweigend) als richtig anerkennt und solchergestalt die in demselben liegende Proposition einer für beide Theile verbindlichen Fixirung der gegenseitigen Forderungsrechte acceptirt. Diese Proposition aber läßt sich, in Ermangelung einer abweichenden Willenserklärung, nur auf den Contocourant als ein Ganzes beziehen. Nichts liegt dem Proponenten ferner, als die Intention, daß der andere Theil nach seinem Belieben sich einzelne Posten solle heraussuchen können, rücksichtlich deren er durch seine Zustimmung den Anerkennungsvertrag zur Perfection bringt, während er zugleich rücksichtlich der übrigen Posten diesen Vertrag ablehnt. Eine neue selbstständige Verbindlichkeit würde also im vorliegenden Falle nur dadurch constituirt worden sein, daß der Contocourant in [24] in seiner Totalität von S. Pearson & Co. acceptirt worden wäre. Das ist aber nicht behauptet, und der gegenwärtige Rechtsstreit liefert den Beweis, daß die beklagtischen Mandanten weit davon entfernt sind, den in jenem Contocourant zu Gunsten Christie's gezogenen Saldo von Bco. ℔ 14,180. 14 ß anzuerkennen. Es kann sich daher nur

zu B. fragen, ob von dem Standpunkte eines in dem Contocourant liegenden außergerichtlichen Bekenntnisses aus die obergerichtliche Beweisauflage aufrecht zu erhalten stehe. In dieser Beziehung muß nun freilich

1) der Einwand der Kläger, daß der Contocourant, weil verspätet producirt, überhaupt nicht berücksichtigt werden könne, schon deshalb für unzutreffend erachtet werden, weil ein außergerichtliches Geständniß lediglich die Natur eines Beweismittels hat, für die Production seiner Beweismittel aber dem Beklagten noch keine Frist lief. Dagegen fehlt es

2) in materieller Beziehung nicht nur an jedem Grunde, neben dem eigentlichen Beweisthema (der Rückgabe der fraglichen Wechsel) auch noch ein bloßes Beweismittel hierfür (die Existenz eines außergerichtlichen Geständnisses) zum Gegenstande einer selbstständigen Beweisführung zu machen, sondern es würde dies auch zu einer nicht zu rechtfertigenden

Beschränkung des Probaten führen. Denn sollte auch in dem fraglichen Contocourant ein noch so klares und bündiges Geständniß Christie's zu finden sein, daß er die fraglichen Wechsel zurückempfangen habe, so kann ihm doch in keinem Falle benommen werden, den hierin an und für sich liegenden Beweis durch den Gegenbeweis zu zerstören, daß die zugestandene Thatsache unwahr sei:

arg. L. 13. C. d. n. n. p. (4, 30).

Diesen Gegenbeweis aber schneidet das angefochtene Erkenntniß ab, indem es die Echtheit des Contocourants zum selbstständigen Beweisthema macht und hierwider nur den directen Gegenbeweis, also nur den Beweis zuläßt, daß die Urkunde nicht von Christie herrühre.

Mußte schon aus diesem Grunde die obergerichtliche Beweisnachlassung beseitigt und es dem Beklagten überlassen werden, des fraglichen Contocourants zum Behufe des vom Handelsgericht ihm auferlegten Beweises sich zu bedienen, so konnte zur Zeit auf die Frage, ob und wie weit aus diesem Contocourant ein Eingeständniß der erfolgten Zurückgabe der Wechsel zu entnehmen sei, nicht eingegangen werden, war vielmehr dem Richter erster Instanz in Beurtheilung der Beweiskraft dieser Urkunde freie Hand zu lassen.

Druck von H. G. Rahtgens in Lübeck.

Sammlung der Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der

vier freien Städte Deutschlands

zu **Lübeck.**

Herausgegeben

von

Dr. J. F. Kierulff,

Präsident des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte.

Jahrgang 1865.

4. Heft.

(Mit Namen- und Sach-Register.)

Hamburg.

W. Mauke Söhne

vormals Perthes-Besser & Mauke.

1866.

r. Büchsel zu Frankfurt, Kläger und Widerbeklagter, **wider P. A. Merkel** von Niederrad und dessen Ehefrau, Beklagte und Widerkläger, eine Forderung von fl. 1000. für geliefertes Mehl und Gegenforderung betreffend.

---

1. Für die einer Gesellschaft zustehende Forderung ist h nach Frankfurter Rechte jeder Theilhaber für seinen Geschaftsantheil klagberechtigt.

2. In wiefern kann der Theilhaber einer Gesellschaft r Forderungen der letzteren in für sie verbindlicher Weise oniren?

3. Derjenige, welcher, wissend daß er Schuldner einer Gehaft sei, einen einzelnen Theilhaber derselben für die ganze ld als seinen Gläubiger anerkannt hat, kann später t verlangen, daß dieser sich als Cessionar legitimire.

4. Handwerksleute haften für eine zum Besten des gesamen Geschäfts contrahirte Schuld nach Frankfurter te solidarisch.

Rechtsfall. Die Beklagten sind Bäcker. Die am 9. Deer 1862 gegen sie erhobene Klage gründet sich darauf, die aus einer Mehllieferung entsprungene Schuld von) fl. von ihnen dem Kläger gegenüber am 1. Mai 1853 rücklich, unter Versprechen der Verzinsung, anerkannt, seither richtig verzinset sei. Es ward unter der Bemerkung, solche beiden Beklagten zu Gute gekommen sei, um solihe Verurtheilung derselben in fl. 1000. nebst Zinsen seit 1. Mai 1862 gebeten. Die Beklagten läugneten in ihrer lehmlassung weder die Schuld an sich und die Anerkenn dem Kläger gegenüber, noch auch ihre solidarische Haftpflicht, bestritten dagegen die Legitimation des Klägers

zur Einklagung derselben, indem das Mehl ihnen von der „Gemeinschaft" Büchsel und Dröser, welcher der Kläger als Theilhaber angehört, geliefert sei, die Forderung dafür, wie sie neuerdings vernommen, auch noch jetzt dieser Gemeinschaft zustehe, und der Kläger sie daher nur durch das falsche Vorgeben, er sei allein berechtigt über den fraglichen Ausstand zu verfügen, zu dessen am 1. Mai 1853 erfolgten Anerkennung als ihres Gläubigers und zur seitherigen Bezahlung der Zinsen an ihn bestimmt habe. Sie baten daher um Abweisung der Klage und forderten widerklagend die sämmtlichen bezahlten Zinsen als ein indebitum zurück.

In der Replik räumte der Kläger ein, daß die Forderung ursprünglich dem von ihm und Dröser gemeinschaftlich betriebenen Müllereigeschäfte zugestanden habe, bestritt aber die daraus hergenommene Einrede der mangelnden Activlegitimation als völlig grundlos. Die Auflösung dieser Gesellschaft sei im Jahre 1853 beschlossen und die hiefür nothwendigen Schritte bereits am 1. Mai von den beiden Theilhabern eingeleitet und zwar Kläger in der Casse der Gesellschaft mit der Schuld der Beklagten belastet worden, wogegen er sich dann von diesen den Schuldschein habe ausstellen lassen (welchen er beibrachte), in welchem sie ihn allein als ihren Gläubiger anerkannt hätten. Jedenfalls sei er für die Hälfte forderungsberechtigt.

Das Stadtgericht nahm in seinem Erkenntnisse an, die Klage sei jedenfalls, soviel die eine Hälfte der eingeklagten Forderung betrifft, völlig liquide. Auch in Ansehung der anderen Hälfte bedürfe sie von Seiten des Klägers keines weiteren Beweises. Dagegen sei den Beklagten ihre Behauptung, durch das angegebene falsche Vorgeben des Klägers zur Ausstellung der fraglichen Schuldurkunde und zur seitherigen Zinsenzahlung bestimmt worden zu sein, zum Beweise zu verstellen. Es erkannte daher:

1) Die Beklagten werden für schuldig erkannt, an den Kläger binnen 14 Tagen den Betrag von fl. 500. sammt Zinsen vom 1. Mai 1862 zu bezahlen, jedoch abzüglich

von 200 fl. von der Hälfte der seit dem 1. Mai 1853 gezahlten Zinsen.

2) Die Beklagten haben ferner binnen 14 Tagen den weiteren Betrag von 500 fl. sammt 5 % Zinsen vom 1. Mai 1862, desgleichen die in Abzug gebrachten Zinsen mit 200 fl. an den Kläger zu bezahlen, auch demselben die verursachten Kosten zu ersetzen, sie könnten denn binnen gleicher Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darthun:

daß Kläger nicht allein berechtigt sei, über die eingeklagte Forderung zu verfügen, sondern daß derselbe noch jetzt in die Büchsel-Dröser'sche Gemeinschaft gehöre;

worauf in der Sache selbst so wie der Kosten wegen abändernde Verfügung ergehen soll.

Beide Theile appellirten, der Kläger unter Aufstellung der Beschwerde, daß nicht Beklagte, unter Verwerfung ihrer Widerklage, sofort solidarisch in die ganze Klagsumme verurtheilt seien.

Das Appellationsgericht erkannte hierauf:

Für Beurtheilung der Beschwerde des Klägers kommt Folgendes in Betracht.

Es steht fest, daß die hier fragliche Forderung ursprünglich der Gesellschaft Dröser-Büchsel erwachsen und diese zur Zeit der Erwirkung des Schuldscheins [7] noch nicht aufgelöst war. Auch geben die Beklagten selbst an, Kläger habe sie zu dessen Ausstellung durch das Vorgeben bestimmt, er sei allein der Berechtigte, über diesen Ausstand zu verfügen, ihm sei derselbe in der Auseinandersetzung mit Dröser zugefallen. Sie faßten daher die Ausstellung dieses Schuldscheines selbst so auf, daß sie künftighin die fl. 1000. nur noch an den Kläger allein schulden würden, von der Forderung der Gesellschaft an sie mithin befreit wären, und es ist klar, daß, wenn diese Auffassung richtig ist, darauf nichts weiter mehr ankommen kann, ob Klägers Angaben, wodurch er die Beklagten zur Ausstellung des Scheines bewogen haben soll, richtig seien oder nicht; denn wären sie sogar ganz falsch gewesen, hätten aber die Beklagten von der Forderung der

Gesellschaft befreit, so wäre dadurch jedenfalls ihnen kein Schaden erwachsen, da ja der Betrag der Schuld in beiden Fällen derselbe war, und der einem Dritten, dem Genossen Dröser, etwa verursachte Schaden könnte ihnen kein Recht geben, Einwand daraus zu erheben.

Nun sind aber die Beklagten durch den Schuldschein [7] von den Ansprüchen der Gesellschaft an sie wirklich befreit worden, denn der Kläger war, da die Gesellschaft noch fortbestand, bekannten Rechten nach wie zum Zahlungsempfang, so auch zur Novation mit befreiender Wirkung befugt, und indem er in der Art, wie es geschehen, über die Gesellschaftsforderung verfügte, befreite er die Beklagte von derselben ihr gegenüber gerade so gut wie durch Zahlungsempfang. Vom Augenblicke der Unterzeichnung des Schuldscheins schuldeten die Beklagten die fl. 1000. ausschließlich nur noch dem Kläger.

Hiernach bedarf es denn auch keiner vorherigen Beweisauflage mehr, vielmehr ist des Klägers Beschwerde gemäß auf sofortige Verurtheilung zu erkennen.

Ist aber hiernach die ursprüngliche Forderung getilgt und nur noch die neue vorhanden, so kann auch darüber, ob diese die Beklagten beide für das Volle haftbar mache, nur die Fassung des Schuldscheins entscheiden; darnach aber liegt hier keine Vollhaft der Einzelnen vor, da kein Ausdruck desselben sie enthält.

Aus diesen Gründen wird hiermit abändernd zu Recht erkannt:

1) die Beklagten werden, unter Verwerfung ihrer Widerklage, für schuldig erkannt, dem Kläger binnen 14 Tagen fl. 1000. sammt 5 % Zinsen vom 1. Mai 1862 an zu bezahlen, auch die verursachten Streitkosten zu erstatten.
2) Die Kosten dieser Instanz sind von den Beklagten zur Hälfte dem Kläger zu erstatten und die andere Hälfte wird verglichen.

Das Oberappellationsgericht erließ aber unterm 25. September 1865 folgendes reformatorische Erkenntniß:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu erachten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 24. August 1863 aufzuheben und dagegen das des Stadtgerichts vom 22. April desselben Jahres im Uebrigen, wiewohl unter Verpflichtung der Beklagten, für die eingeklagte Schuld solidarisch aufzukommen, wieder herzustellen sei.

Die Kosten dieser wie der vorigen Instanz sind zur Hälfte dem Kläger von den Beklagten zu erstatten, zur anderen Hälfte dagegen zu compensiren.

Entscheidungsgründe.

I. Anlangend die Appellation der Beklagten, so war

A. die erste und principale Beschwerde, daß nicht die Klage sofort gänzlich abgewiesen und Kläger dem Petitum der Widerklage entsprechend verurtheilt sei, als unbegründet zu verwerfen, indem die behauptete unzulässige Klagänderung, auf welche sie lediglich gestützt wird, nicht stattgefunden hat.

Die Klage ist nemlich auf eine für geliefertes Mehl entstandene und demnächst dem Kläger gegenüber von den Beklagten am 1. Mai 1853 ausdrücklich, und unter dem Versprechen der Verzinsung zu 5 pCt. anerkannte Schuld von fl. 1000. gegründet, und dieses Klagfundament in der Replikhandlung unverrückt festgehalten worden. Denn, wenngleich der Kläger hier, zur Widerlegung der Einrede der mangelnden Activlegitimation, weil nemlich die Mehllieferung nicht von ihm allein, sondern von der Gesellschaft Büchsel & Dröser geschehen, und also diese die Gläubigerin sei, Ersteres zwar zugab, gegen Letzteres aber geltend machte, daß sein aus einer Uebereinkunft mit seinem Gesellschafter resultirendes alleiniges Forderungsrecht von den Beklagten anerkannt sei und dafür den Schuldschein der Beklagten vom 1. Mai 1853 beibrachte, so ist hierin keine unzulässige Aenderung, sondern nur eine nähere Angabe über den Ursprung der Schuld, mithin nur eine auch nach Frankfurter Praxis zulässige Verbesse-

rung der Klage erfindlich, und es ist unzutreffend, wenn die Beklagten meinen, die Klage sei in der Replik auf das ganz neue Fundament einer vorgenommenen Novation der ursprünglichen Schuld gegründet worden. Ueberdies haben sich die Beklagten auf die angeblich in der Replik geänderte Klage in ihrer Duplik ohne Widerspruch eingelassen.

Wenn ferner die Beklagten

B. ihre zweite und dritte Beschwerde dahin richten, daß nicht mindestens noch erst ein Beweisverfahren über die Alleinberechtigung des Klägers, die fragliche Forderung geltend zu machen, eingeleitet sei, so war diesen Beschwerden

1) hinsichtlich der einen Hälfte der Forderung nicht stattzugeben. Denn wenngleich der Kläger zugiebt, daß die eingeklagte Forderung ursprünglich der Gesellschaft Büchsel & Dröser zugestanden habe, so ist doch jedenfalls der Kläger nach gemeinem wie nach Frankfurter Rechte nach Maßgabe seines Gesellschaftsantheils forderungsberechtigt:

Thöl, Handelsrecht I. S. 158.

O.-A.-Gerichts-Erk. in S. Dorrien c. Gebr. Bethmann, 1823.

mithin im vorliegenden Falle, wo zur Zeit der Contrahirung der Schuld nur zwei Gesellschafter vorhanden waren, im Zweifel zur Hälfte. Folglich ist insoweit die Klage vom Stadtgerichte mit Recht für liquide angenommen, ohne noch eines Beweises zu bedürfen.

2) Dagegen läßt sich hinsichtlich der anderen Hälfte eine sofortige Verurtheilung nicht rechtfertigen, indem vielmehr für diese ein Forderungsrecht des Klägers nur zu begründen ist durch eine von seinem Gesellschafter Dröser ihm geschehene Cession oder durch eine unter Mitwirkung desselben erfolgte Novation. Auf das Erstere, eine Cession, hat sich denn auch der Kläger zur Beseitigung der Einrede der mangelnden Activlegitimation berufen. Denn dahin ist es aufzufassen, wenn er angiebt, bei der Einleitung zur Auflösung der Gesellschaft Büchsel & Dröser im Jahre 1853 sei ihm von Letzterem die ganze Schuld der Beklagten aus der Mehllieferung in Cassa zu Lasten gebracht und demzufolge habe er sich von den Be-

klagten den auf seinen alleinigen Namen lautenden Schuldschein ausstellen lassen.

Nicht beizutreten war daher der Ansicht des Appellationsgerichts, daß, da, wie beide Theile darüber einverstanden, zur Zeit der Ausstellung des fraglichen Schuldscheins die Gesellschaft Büchsel & Dröser noch bestanden habe, der Kläger als Theilhaber derselben befugt gewesen sei, ohne Mitwirkung seines Socius die Gesellschaftsforderung mit befreiender Wirkung zu noviren, d. h. zu einer ihm persönlich allein zustehenden zu machen. Denn wenngleich auch in Frankfurt der Grundsatz des modernen Handelsrechts zur Geltung gekommen ist, wonach die Verbindlichkeiten, welche ein zum Gebrauch der Firma legitimirter Socius unter dem Namen der Firma der Gesellschaft für diese contrahirt, die anderen Theilhaber vollständig verpflichtet,

O.-A.-Ger.-Erk. in S. L. A. Wurster & Co. und F. Zimmermann c. Schwennicke 1846,

so ist doch ganz verschieden davon die Frage, ob Jemand durch Rechtsgeschäfte, die er nicht Namens einer Gesellschaft, welcher er angehört, sondern in eigenem Namen und zu seinem alleinigen Nutzen abschließt, seine Gesellschaft verpflichten und also den Dritten von an sich begründeten Ansprüchen der Ersteren befreien könne. Und die Verneinung dieser Frage folgt, da das Recht der einzelnen Theilhaber einer Gesellschaft, sich gegenseitig Dritten gegenüber zu verpflichten, auf der wechselseitigen praepositio institoria beruht, mit Nothwendigkeit aus der Begrenzung der Rechte des Institor, indem die Procura eines solchen nicht füglich als dahin gerichtet angenommen werden kann, die Forderungen seines Prinzipals zu seinen eigenen zu machen: ein Satz, dessen Gegentheil unverkennbar zu den allerbedenklichsten Consequenzen führen würde.

Ebenso wenig konnte aber

3) dem Verlangen der zweiten Beschwerde, gerichtet auf einen dem Kläger aufzulegenden Beweis seiner Alleinberechtigung die ganze fragliche Forderung geltend zu machen, stattgegeben werden, sondern nur, der dritten Beschwerde

entsprechend, eine Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses in diesem Punkte erfolgen. An und für sich freilich würde es, da der Kläger sich auf eine Uebertragung der ganzen Forderung abseiten seines Socius beruft und die Beklagten solche Uebertragung bestreiten, kein Bedenken haben, dem Kläger den Beweis seiner Behauptung aufzulegen. Allein dies ändert sich dadurch, daß die Beklagten, obgleich sie wußten, daß das Mehl ihnen von der Gesellschaft Büchsel & Dröser geliefert, diese also ihre Gläubigerin sei, gleichwohl in dem fraglichen Schuldschein den Kläger als den alleinigen Inhaber der Forderung anerkannt, auch, wie sie nicht läugnen, ihm 9 Jahre hindurch die verschriebenen Zinsen bezahlt haben. Wenn sie daher behaupten, jetzt erfahren zu haben, daß der Kläger nicht der alleinige Forderungsberechtigte sei, und im Jahre 1853 nur durch falsche Vorspiegelungen zur Anerkennung desselben als ihres alleinigen Gläubigers veranlaßt worden zu sein, so stellt sich dies als eine Einrede dar, deren Beweis sie übernehmen müssen.

Freilich erscheint der Beweis so, wie er vom Stadtgerichte normirt ist:

> daß Kläger nicht allein berechtigt sei, über die eingeklagte Forderung zu verfügen, sondern daß dieselbe noch jetzt in die Büchsel-Dröser'sche Gemeinschaft gehöre,

wenn gleich der Behauptung der Beklagten in der Vernehmlassung genau entsprechend, doch in dem zweiten Satze insofern für die Beklagten beschwerend, als der Kläger bestimmt behauptet, daß die fragliche Gemeinschaft, was auch nach dem weiteren Acteninhalt kaum zu bezweifeln ist, längst ihre Auflösung gefunden hat. Allein, wenn man auch processualisch Bedenken tragen müßte, dem Beweise eine dessen Führung erleichternde Fassung zu geben, da die Beklagten, während sie zunächst mittelst ihrer zweiten Beschwerde eine Aenderung der Beweislast beantragen, eventualiter mittelst ihrer dritten einfach die Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses verlangen, so daß also eine Aenderung des stadtgerichtlichen Beweissatzes zu ihren Gunsten nicht füglich als ein minus der zweiten Beschwerde

aufgefaßt werden kann, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß der Beweis auch dann schon als geführt wird gelten können, wenn die Beklagten zu beweisen im Stande sein sollten, daß eine Uebertragung der ganzen Forderung auf den Kläger bis jetzt nicht stattgefunden habe.

Anlangend sodann

II. die Adhäsionsbeschwerde des Klägers, daß die Beklagten nicht in solidum verurtheilt seien, so ist

A. deren formelle Zulässigkeit mit offenbarem Ungrunde beanstandet, da sie gegen eben dasselbe Decisum gerichtet ist, welches auch die Beklagten anfechten.

B. Nicht minder aber erscheint sie materiell begründet. Die Beklagten sind Bäcker, also Handwerksleute. Da nun die fragliche Schuld aus einer Mehllieferung herrührt, so ist es schon an sich kaum zu bezweifeln, daß sie für Etwas contrahirt worden, welches in das gemeinsame Geschäft verwendet, also beiden Beklagten zu Gute gekommen ist. Ueberdies ist letzterer Umstand zur Begründung der solidarischen Haftungspflicht der Beklagten in der Klage ausdrücklich behauptet und von den Letzteren nicht geläugnet worden. Und es ist also unzutreffend, wenn diese in gegenwärtiger Instanz einwenden, ob sie solidarisch hafteten, sei eine Rechtsfrage, über welche sie sich nach neuestem Frankfurter Proceßrechte im schriftlichen Verfahren gar nicht hätten auslassen dürfen. Daß aber in Frankfurt dem Handwerkerstande angehörende Eheleute für solche Schulden, welche sie für ihr Geschäft contrahirt haben, solidarisch haften, ist ausgemachten Rechtens.

Reform III. 7, § 12 u. 20.
Reform V. 5, § 6.
Verordnung vom 25. Febr. 1593 bei Orth Anmerkungen, 2. Forts. S. 124.
Orth ebendas. S. 126 flg.
Souchay Anmerkungen Th. II. S. 648 sub II. und die daselbst angeführten Entscheidungen des O.-A.-Gerichts S. 662 — 63.

Es gründet daher auch das Appellationsgericht, von der Ansicht ausgehend, daß eine Novation der ursprünglichen Forderung eingetreten sei, seine Entscheidung lediglich auf die Fassung des Schuldscheins, in welchem die Beklagten sich

nicht solidarisch verpflichtet hätten. Allein kann der Schuldschein nur als Anerkennung einer bestehenden Schuld, dem Kläger gegenüber also als constitutum aufgefaßt werden, und sind die beklagten Eheleute gesetzlich für diese Schuld solidarisch verhaftet, so kann der bloße Umstand, daß sie sich in dem Scheine nicht ausdrücklich solidarisch verpflichten, da der animus novandi nicht präsumirt werden soll, auch nicht beweisen, daß der Inhalt der bestandenen obligatio habe geändert werden sollen.

---

67. Hamburg.

Boldemann & Mantels zu Hamburg, Kläger, wider **F. J. Stecher** jun., dann **August Millberg**, jetzt **N. D. Lobedanz** daselbst, als General-Agenten der Nuova Societa Commerciale di Assecurazioni in Triest und **J. Kröger** in Vollmacht der Elb-Assecuranz-Compagnie, jetzt **F. J. Stecher** jun. zu Hamburg in Vollmacht derselben in Liquidation, Beklagte, betreffend Assecuranzforderung, jetzt geführten Beweis.

---

1. Ist von einer Partei mehr als halber Beweis erbracht, so kommt es in Betreff der Frage, ob dieselbe zu einem Erfüllungseide zugelassen werden dürfe, auf den Umstand nicht an, daß sie nur ihre Ueberzeugung zu beschwören im Stande ist, während der Proceßgegner auf Grund eigenen Wissens einen Eid würde leisten können.

2. Einer, wenngleich in formeller Beziehung correct aufgenommenen, Verklarung ist rechtlicher Werth dann nicht beizumessen, wenn die abgehörte Schiffsmannschaft später widersprechende oder theilweise widerrufende Depositionen ablegt.

3. Unbeeidigte Aussagen in einer Untersuchungssache sind im Civilproceß freilich nicht als Aussagen von Proceßzeugen

zu berücksichtigen, wohl aber können sie als unter Umständen erhebliche Indicien für die Beweisführung benutzt werden.

Rechtsfall. Das Casco des dänischen Schooners „Louise," Capt. Ewertsen (Eigenthum dieses Letzteren und des Procuristen der Firma Harboe & Comp. zu Copenhagen, Th. Brehm, je zur Hälfte), war von den Klägern im Auftrage von Harboe & Comp. bei der Beklagten für die Reise von London nach Newcastle in Ballast und von Newcastle nach Copenhagen mit Steinkohlen zur Summe von Rb.-ℱ 9000. versichert worden.

Nachdem das Schiff ohne Unfall Newcastle erreicht und dort seine Ladung eingenommen hatte, verließ es diesen Platz (Tynemouth) am 24. Juni 1858, um nach Copenhagen zu segeln. Bis zum Nachmittag des 26. Juni 2½ Uhr wurde Alles an Bord in Ordnung befunden, aber wenige Stunden später, 4½ Uhr Nachmittags zeigten sich 18" Wasser und dieses stieg bei mäßigem Seegang, ohne daß sich ein erkennbarer Unfall gezeigt hätte, in dem Maaße, daß der Capitain mit seiner Mannschaft bereits um 6¾ Uhr Rettung auf dem zufällig in der Nähe befindlichen preußischen Schiffe „Johanna & Heinrich" suchen mußte, worauf die „Louise" alsbald versank.

Wegen dieser auffallenden Umstände ward schon im August 1858 auf Betrieb der Beklagten zu Copenhagen eine Criminaluntersuchung gegen Capt. Ewertsen wegen Schiffswegsetzung eingeleitet, welche, durch die Abwesenheit abzuhörender Zeugen mehrfach unterbrochen, bis zum October 1859 fortgeführt ward, ohne daß es, da der Capitain von Copenhagen sich entfernt hatte, zur Abgabe eines Erkenntnisses gekommen wäre.

Der inzwischen auf Bezahlung der versicherten Summe als Totalschaden gerichteten Klage setzten die Beklagten die Einrede der Schiffswegsetzung, event. der Seeuntüchtigkeit des Schiffes entgegen, und es ward ihnen am 31. März 1860 rechtskräftig der Beweis auferlegt, auf dessen Beurtheilung es jetzt allein ankommt, daß das Schiff auf der betreffenden Reise von Capt. Ewertsen weggesetzt worden sei.

Das Handelsgericht

hat nun in seinem Erkenntniß vom 13. Juni 1863 auf einen vom Capitain Ewertsen abzuleistenden Reinigungseid dahin erkannt:

> daß es nicht wahr sei, daß er das von ihm geführte Schiff „Louise" auf der Reise von Newcastle nach Copenhagen im Juni 1858 durch Anbohrung oder eine andere eigenmächtige Beschädigung weggesetzt habe.

Bei Beurtheilung des vorliegenden Beweismaterials ist, bemerkt das Handelsgericht in seinen Entscheidungsgründen, davon auszugehen, daß so weit es sich um den künstlichen Beweis der Einrede der Wegsetzung des Schiffes handelt, für den Civilrichter Gewißheit nur dann entsteht, wenn die Voraussetzungen, aus welchen Schlüsse gezogen werden sollen, durch die civilrechtlichen Beweismittel dargethan sind, und diese erwiesenen Thatsachen zu der zu beweisenden in einem solchen Verhältnisse stehen, daß nach den Gesetzen des Denkens oder der Erfahrung die eine ohne die andere, oder umgekehrt die andere mit der anderen gar nicht vorkommen kann.

Wenn daher die Verbindung derselben oder ihre gegenseitige Ausschließung nur gewöhnlich oder nur zuweilen, aber nicht nothwendig vorkommt, kann aus dem Beweis der einen die Existenz oder Nichtexistenz der anderen nur mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit angenommen werden, welche für den zu erbringenden Beweis nur eine Vermuthung enthält, die aber, wenn ihr besondere gesetzlichen Folgen nicht beigemessen werden (praesumtiones juris), zu etwas Weiterem nicht führen kann, als daß diejenige Partei, welche nach rechtskräftiger Sachlage mit der Beweislast nicht bebürdet ist, von solchen Vermuthungen sich eidlich reinige, so daß hier also auch der volle Beweis der Voraussetzungen ein anderes Resultat nicht hat.

Wenn ferner diejenigen Thatsachen, welche nicht bloß zu einer Vermuthung anderer, sondern zu einem nothwendigen Schlusse auf andere berechtigen, durch die civilrechtlichen Beweismittel als hinreichend dargethan nicht angesehen werden

können, wird es von dem besseren oder schwächeren Beweise des Vordersatzes abhängen, welche Partei zu einer weiteren Beeidigung im Civilverfahren zuzulassen ist, um durch ein solches Beweismittel die erforderliche juristische Gewißheit herzustellen.

Den Acten nach sind von Beweismitteln, denen Beweiskraft nicht versagt werden kann, einige Urkunden producirt, ebenso werden die Geständnisse des Capt. Ewertsen, soweit sie ihm nachtheilig sind, und das Gutachten der Sachverständigen, soweit es sich um Gegenstände der Sachkunde handelt, zu beurtheilen sein; den nichtbeeidigten Aussagen der in der Untersuchung vernommenen Mannschaft wird aber nur dann einige Beweiskraft beigemessen werden dürfen, wenn ihre Angaben durch ihren inneren Zusammenhang oder durch andere Beweismittel verstärkt werden. Wenn in Untersuchungssachen die vorgängige Vereidigung der Zeugen unterbleibt, weil die Beeidigung nachtheilig auf die Untersuchung wirken kann, oder diese Unzulässigkeit der Beeidigung — wie z. B. wenn Zeugen schon andere Depositionen eidlich beschworen haben —, oder die Unerheblichkeit der Aussage herausstellt, so kann doch einer unbeeidigten Zeugenaussage volle Beweiskraft nicht beigemessen werden. Es kommt hinzu, daß es für den Civilproceß im Allgemeinen nicht einmal genügt, sich auf die im Criminalverfahren vorgekommenen Zeugen-Aussagen zu berufen, sondern daß der Beweis durch die betreffenden Zeugen förmlich von Neuem angetreten werden muß.

s. das oberappellationsgerichtliche Erkenntniß in Sachen Berlin und Hailperin c. den „Deutschen Phönix," Hamb. Samml. III. pag. 351.

Auch darf hiebei nicht unbeachtet bleiben, daß die Mannschaft durch Widerspruch mit ihren in der Verklarung enthaltenen Angaben — selbst abgesehen von der Nichtbeeidigung der späteren Aussagen — auf vollen Glauben Anspruch nicht machen darf, namentlich aber den Depositionen von Sartorph und Bovien entgegensteht, daß der letztere einräumt, gegen den Schiffsführer einmal sich vergangen zu haben, indem er

sich zur Wehre gesetzt, als der Capitain ihn geschlagen, weil er nicht genau gesteuert, und angiebt, der Steuermann habe ebenfalls in Unfreundlichkeit zu dem Capitain gestanden und für sich allein gegessen, womit die Aussagen übereinstimmen, wonach Ewertsen mit der Aufführung des Steuermannes nicht zufrieden gewesen und während der Reise Manches auszustehen gehabt, ferner mit der Aufführung von Bovien unzufrieden gewesen, ihn mehrfach bedroht habe. — —

Das Obergericht,

an welches die Sache durch beklagtische Appellation gelangte, erklärte in seinem Erkenntnisse vom 21. März 1864, es sei zwar zuzugeben, daß eine Beschädigung des Schiffes durch Menschenhand nicht entdeckt worden sei, allein es könne darauf in dem vorliegenden Fall, wo es sich um einen künstlichen Beweis handle, nicht mit Nothwendigkeit ankommen, sobald nur solche Thatsachen als erwiesen anzusehen seien, welche vernünftiger und nothwendiger Weise zu dem Schlusse auf die Wegsetzung des Schiffes berechtigten. Solche Thatsachen seien nun aber von den Beklagten dargethan, und diese daher zu einem Eide zuzulassen dahin:

> daß sie nach gewissenhafter Erwägung aller Umstände sich überzeugt hielten, daß das Schiff Louise auf der versicherten Reise von Newcastle nach London durch Capitain Ewertsen weggesetzt sei,

indem auch der Umstand, daß die Beklagten nur ihre Ueberzeugung beschwören könnten, Capitain Ewertsen dagegen auf Grund eigenen Wissens einen Eid zu leisten im Stande sei, nicht ins Gewicht falle. Denn „die gegen den Capitain vorliegenden höchst gravirlichen Indicien, in Verbindung mit erwiesenen Thatsachen, welche zu dem Schlusse der Wegsetzung des Schiffes berechtigten, sowie die gänzliche Unglaubwürdigkeit des Capitains, welche sich in den versuchten Motivirungen seines auffälligen Benehmens an Bord des Schiffes manifestirt hätte, müßte dahin führen, daß seinem Wahrheits-Eide kein größerer Werth für die richterliche Ueberzeugung,

als dem Ueberzeugungseide der Gegenpartei eingeräumt werden könne."

Auf klägerische Berufung ward das Erkenntniß des Obergerichts vom

Oberappellationsgericht

am 28. September 1865 unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten bestätigt, mit folgenden

Entscheidungsgründen.

Wenn

I. die Kläger die Behauptung aufgestellt haben, daß ein von einem Beweisführer im Civilprocesse unternommener reiner Indicienbeweis niemals weiter als bis zum Reinigungseide des Producten führen könne, was hier, wo ein directer Beweis der Schiffswegsetzung seitens der Beklagten nicht versucht worden ist, ohne Weiteres die Wiederherstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses nothwendig machen würde, so kann ihnen hierin nicht beigestimmt werden. Der künstliche oder Indicien-Beweis (ohne Grund nehmen die Kläger an, daß mit diesen Namen verschiedene Gattungen der Beweisführung bezeichnet werden, während doch beide nur ein und dasselbe (praesumtiones facti s. hominis) bedeuten) unterscheidet sich in Betreff der Möglichkeit der Herbeiführung civilprocessualischer Gewißheit nicht von der directen (natürlichen) Beweisführung. Freilich hat derselbe seltener als der directe Beweis vollständigen oder beinahe vollständigen Erfolg; allein dies beruhet nur in seiner größeren Schwierigkeit, ohne daß eine generische Eigenthümlichkeit desselben der Möglichkeit des Erfolges entgegenstände. Es unterliegt denn auch in der Theorie und Praxis keinem Zweifel, daß eine Mehrheit bündiger und in ihren Voraussetzungen erwiesener Schlüsse, wenn diese, auf das nemliche Ergebniß hinführend, sich einander unterstützend und ergänzend, auch nicht etwa durch Gegenbeweis geschwächt, nach den Erfahrungen über den Zusammenhang und den gewöhnlichen Lauf der Dinge das zu beweisende Factum begründeter Weise als so, wie behauptet,

und nicht wohl anders vorgefallen ansehen lassen, den Umständen nach einen vollen oder doch so weit geführten Beweis herstellen kann, daß der Beweisführer zum Erfüllungseide zuzulassen ist.

Vgl. Gönner, Proceß Ed. 2. Bd. 2. S. 262 (XXXVII. § 12)
Martin, Proceß Ed. 13. § 131. S. 276. §. 233. S. 489.
Desselben Vorlesungen Bd. 2. S. 61—62.
Linde, Proceß §§ 314. 315.
Bayer, Proceß Ed. 8. § 225. S. 716.
Wetzell, Civilproceß § 21. Ed. 2. S. 165 ff.
Endemann, Beweislehre 1860. S. 68.
Langenbeck, Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Bd. 3. S. 467. ff.

und beispielsweise folgende Erkenntnisse:
des O.-A.-Gerichts zu Jena
Seuffert, Bd. 13. S. 271.
des Obertribunals zu Stuttgart
daselbst Bd. 4. S. 15.
Frankf. Breckheimer c. Ritter, Juli 1862, bei Römer Bd. 1. S. 286.
Frankf. Choffy c. Hillebrandt, Oct. 1862. das. Bd. 1. S. 304.

II. Anlangend die von den Beklagten zu ihrer Beweisführung benutzten Indicien, welchen die Kläger, abgesehen vor der für sich angerufenen Verklarung, keinen directen Gegenbeweis, sondern nur die nach ihrer Behauptung anzunehmende Abwesenheit eines Interesses der Schiffswegsetzung auf Seiten des Ewertsen (auf welchen Punkt unten einzugehen sein wird) entgegengesetzt haben, so ist

1) von großer Bedeutung das allgemeine Indicium der hohen Unwahrscheinlichkeit, daß das Schiff unter den am Tage des Unterganges Statt findenden Umständen von selbst, und zwar in dem Maaße, wie geschehen, und mit den unverzüglich eingetretenen verderblichen Folgen, habe leck werden können, während auch nach den Angaben der Kläger keine Vermuthung dafür vorhanden ist — eine solche Annahme vielmehr durch den constatirten längeren Aufenthalt des Capt. Ewertsen im Raume des Schiffes kurz vor der Wahrnehmung des Lecks völlig ausgeschlossen wird —, daß eine

andere Person, als Ewertsen, den Leck habe verursachen können und verursacht habe.

Die Umstände, auf welche es hiebei ankommt, sind durch die vorliegenden Beweisstücke, ungeachtet geringer Verschiedenheit in Nebenpunkten, außer Zweifel gestellt, und auch an sich klägerischerseits unbestritten geblieben.

Am 24. Juni Abends 7½ Uhr ging das versicherte Schiff, und zwar — wie die Kläger ihrerseits mit Bestimmtheit behauptet haben und mithin gegen sich als wahr gelten lassen müssen — in tadellosem Zustande vom Tyne in See. Fünfundvierzig Stunden später, am 26. Juni um 4½ Uhr Nachmittags wurde wahrgenommen, daß das bis zu jenem Zeitpunkte völlig dicht gewesene Schiff einen schweren Leck habe; einen so schweren, daß wenige Stunden ausreichten, um das Sinken des Schiffes herbeizuführen.

Ohne gewaltsame Einwirkung der Elemente oder casuelle Verletzung von Außen ist eine solche Veränderung des Schiffes nur dann erklärlich, wenn die menschliche Hand dem Wasser Zugang in dasselbe eröffnet hatte.

Zur Annahme jener gewaltsamen Einwirkung oder Verletzung ist kein Grund vorhanden; im Gegentheil Alles vereinigt sich, sie im hohen Grade unwahrscheinlich zu machen.

Daß das Schiff auf dem Cours vom Ausfluß des Tyne bis nach dem Platze seines Unterganges gestoßen habe oder auch nur habe stoßen können, wie auch irgendwelche Collision desselben, ist ganz außer Frage. Die gewaltsame Einwirkung auf dasselbe könnte also, abgesehen von Beschädigung durch Menschenhand, nur durch die Wellenbewegung herbeigeführt worden sein.

Nun giebt aber die Verklarung, über deren Schilderung die Kläger ihrerseits selbst nicht hinausgehen, nur an, es sei „eine ebene Kühlte“ gewesen, und, wenngleich die See stark aufgeregt gewesen sein soll, so wird dies vom Capt. Ewertsen doch nur dem Umstande beigemessen, daß eine Windveränderung Statt gehabt habe, indem der Wind zwei Tage vorher stark von Norden, um die betreffende Zeit aber westlich ge-

wehet habe. Eine „ebene Kühlte," auch wenn sie bei, von früherem stärkeren oder in anderer Richtung laufend gewesenen Winde, aufgeregter See Statt findet, ist aber Nichts, was als außerordentlich angesehen oder einem Schiffe irgendwie gefährlich werden kann. Den Wellenbewegungen dieser Art zu begegnen ist das Schiff bestimmt und durch seine Bauart geeignet.

Es kommt hiernach nicht darauf an, welche Verschiedenheit in der Bezeichnung des Zustandes der See resp. in der Verklarung und in den Aussagen der Mannschaft in der Untersuchung vorkommt („stark aufgeregt," „schwer aufgeregt," „nicht besonders hart," „nicht so hart," „nicht so stark," „etwas See"). Jedenfalls aber erledigt sich dieser Punkt zu Gunsten der Beweisführung durch ein auch vom Handelsgerichte hervorgehobenes unbestrittenes Factum: dadurch, daß die Communication zwischen dem alsbald hernach gesunkenen Schiffe (der Louise) und dem preußischen Schiffe Johanna & Heinrich, Capitain Hartwig, auf hoher See so wenig Hindernisse darbot, daß, nachdem die Mannschaft des ersteren sich ohne Schwierigkeit in ihren Böten nach dem letzteren begeben hatte, noch zwei Fahrten in dessen Jolle, und zwar ohne daß erhebliche Interessen dazu Veranlassung gaben, nach der Louise gemacht werden konnten und gemacht wurden.

Den Klägern steht in Betreff dieses Punktes auch die Aussage ihres Zeugen, des sachverständigen Schierbeck, entgegen, welcher aus genauer Wissenschaft, weil er wenige Monate vor dem Ereigniß die Reparatur des Schiffes überwacht hatte, das letztere für „durchaus tüchtig" erklärte, um im Sommer 1858 eine Reise von London nach Newcastle und von dort nach Copenhagen zu übernehmen und auf derselben mit Sicherheit Güter überzuführen, sich ferner dahin äußerte, „daß er den Untergang des Schiffes nicht als durch einen an demselben liegenden Fehler veranlaßt vermuthe," und in der Criminal-Untersuchung aussprach, „daß er es für durchaus unwahrscheinlich, um nicht zu sagen unmöglich, ansehe, daß die Louise in dem Stande, in welchem sie sich befunden, der-

artig in See habe leck springen können, daß sie so plötzlich weggesunken sei." — Wenn hiegegen die Kläger auf die tägliche Erfahrung sich berufen, welche lehre, daß Holz, welches bei seiner Verarbeitung nicht völlig trocken gewesen sei, später leicht springe, und außerdem bemerken, daß das Schiff doch auch während der Reise von Danzig nach London leck geworden sei, so bedarf das Unpassende und Unzulängliche der ersteren Bemerkung keiner Ausführung, und insofern es auf den in Bezug genommenen früheren Vorgang ankommt, so geht die in Rede stehende Aussage des Zimmermanns Mogensen nur dahin, daß das Schiff bei einem Sturm Wasser gemacht habe („einmal leck geworden sei"), was nichts Befremdliches ist und mit einem Leck der hier fraglichen Art keine Vergleichung zuläßt. Das Schiff sank damals nicht, und Uebelstände irgendwelcher Art, etwa ein übermäßiges Anwachsen des Wassers im Schiffe, haben sich nicht ergeben.

Ist nach dem Vorbemerkten anzunehmen, daß das Schiff durch die Einwirkung der See oder äußere Zufälle nicht, jedenfalls nicht in dem Maße, wie geschehen, hat leck werden können, so wird die Vermuthung im hohen Grade verstärkt, daß der Erklärungsgrund des Lecks der wahre ist, auf welchen

2) die im Uebrigen von den Beklagten geltend gemachten übereinstimmenden und starken Indicien hinführen.

Von diesen Indicien beruhen

A. einige in Vorgängen aus der Zeit, bevor Capt. Ewertsen die Reise antrat.

Hier ist

a) der Umstand in Betracht zu ziehen, daß Capt. Ewertsen den Antritt der Reise mit der ihm zu meldenden Gewißheit, das Schiff sei versichert, in Verbindung brachte, und zwar denselben abhängig von letzterem Umstande machte.

Das vorgedachte Factum an sich ist durch das Schreiben des Ewertsen an Brehm vom 16. Juni außer Zweifel gestellt. Ewertsen forderte den Brehm darin auf, für den Fall, daß er, Brehm, nicht schon vor der Ankunft des Schrei-

bens Meldung von dem Assecuranz-Abschluß nach Newcastle gemacht haben sollte, dies „doch ja per Telegraph zu thun; denn er, Ewertsen, verlasse den Tyne nicht eher." — Daß demgemäß Capt. Ewertsen wirklich auf dem Tyne eine Zeitlang liegen geblieben ist, obschon er Ladung an Bord hatte und segelfertig war, ergiebt sich aus den Aussagen der Schiffsleute Sartorph, Schleppegrell und Mogensen, welche in der Untersuchung deponirt haben, die ersteren, daß dies während zwei Tage, der letzte, daß es während eines Tages Statt gefunden habe.

Dem hier in Rede stehenden Umstande ist aber auch ohne Bedenken Erheblichkeit beizulegen. Es ist etwas Ungehöriges und jedenfalls sehr Ungewöhnliches, daß ein Schiffer — wenngleich er Mit-Rheder sein mag — die Erfüllung seiner Pflicht, die Reise mit der Ladung, falls Wind und Wetter dies zulassen, unverzüglich anzutreten, davon abhängig macht, daß er von dem Correspondent-Rheder vorher in Gewißheit darüber gesetzt werde, es sei volle Versicherung auf das Schiff geschlossen worden. Die Fürsorge, daß das Schiff unter Versicherung gehalten werde, liegt dem Correspondent-Rheder ob, und die Schiffer überlassen ihm denn auch ordentlicher Weise die Ausführung derselben; ja sie dürfen im Verhältnisse zu ihren Befrachtern in Betreff des Reise-Antritts auf die geschlossene oder nicht geschlossene Casco-Versicherung keine Rücksicht nehmen. Auch werden zahlreiche Assecuranzen erst nach Abgang der betreffenden Schiffe geschlossen. — Finden hiernach einerseits die Meldung des Ewertsen, „er verlasse den Tyne nicht eher rc." und das fernere Verhalten desselben in Betreff dieses Punktes, in Demjenigen, was regelmäßiger Weise Statt findet, keine Erklärung, so reihen sie sich andererseits den übrigen Indicien im Sinne der beklagtischen Ausführungen alsdann natürlich an, wenn sie in Verbindung mit der Absicht, das Schiff zu beseitigen, gebracht werden. Denn diese Absicht konnte nur unter der Voraussetzung mit Sicherheit ausgeführt werden, daß vor der Abreise Gewißheit über die geschlossene Casco-Versicherung erlangt worden war.

Von Bedeutung ist

b) die vor der letzten Reise von Ewertsen ausgegangene Beorderung einer die bis dahin auf das Schiff genommene Assecuranz um 1000 Rb.-ℱ übersteigenden Versicherung, zumal in Verbindung mit dem sonstigen Inhalt des Ewertsenschen Schreibens vom 16. Juni.

Ueber das Factische besteht auch hier keine Ungewißheit. Es ist klägerischerseits unbestritten geblieben, und würde eventualiter durch die Erklärungen der beiden Mit-Eigenthümer Ewertsen und Brehm, sowie des Brehm sen., in der Criminal-Untersuchung außer Zweifel gestellt werden, daß das Schiff bis zu der in Betracht kommenden Zeit nur zu 8000 Rb.-ℱ versichert gewesen ist. Für die in Rede stehende Reise beorderte nun, wie bemerkt, Ewertsen, und zwar ohne mit seinem Mit-Eigenthümer, dem Correspondent-Rheder Brehm, deshalb in Berathung getreten zu sein oder dessen Willensmeinung vorher eingeholt zu haben, die angeführte Erhöhung der Versicherungssumme bis auf 9000 Rb.-ℱ. Daß irgend Etwas, wodurch diese Erhöhung, dadurch zugleich eine Vermehrung des Prämien-Aufwandes, motivirt worden wäre, seit der Reise von Danzig nach London vorgefallen sei, ist nicht von den Klägern behauptet worden. Das Verfahren des Ewertsen wird aber ein erklärliches, wenn man es in Beziehung setzt mit den übrigen auf die Schiffswegsetzung hinweisenden Indicien.

In dem Schreiben vom 16. Juni findet sich indessen noch ein Passus, welcher diese Indicien erheblich unterstützt. Aus der von den Klägern beigebrachten Correspondenz geht hervor, daß das Schiffsunternehmen sehr ungünstige Resultate geliefert hatte. Am 12. April schrieb Ewertsen aus Danzig an Brehm, daß „Unannehmlichkeiten über Unannehmlichkeiten" sich ereignet hätten. Am 28. Mai berichtete er über eine schlimme Reise von Danzig nach London, und fügte hinzu, „Gott gebe, daß das Unglück, welches dem Schiffe bisher folgte, doch ein Ende haben möchte." (Der in der Police angeführte, vermuthlich nicht unwichtige Brief des Ewertsen aus London an Brehm vom 7. Juni, dessen Edition den

Klägern zur Pflicht gemacht worden war, fehlt. Brehm sen. hat in der Untersuchung erklärt, „keine Veranlassung zur Asservirung der Correspondenz gehabt zu haben," und Ewertsen und Brehm der Sohn haben, später den Editionseid geleistet.) — In dem hier in Rede stehenden Schreiben vom 16. Juni nun bemerkt Capt. Ewertsen, daß er in Newcastle keine Versicherung auf das Schiff erhalten könne, und ging dann über auf die oben besprochene Aufforderung des Brehm zur Versicherungsnahme für 9000 ℔, und auf die, ebenfalls bereits in Bezug genommene mit „NB" eingeleitete Mittheilung wegen seiner Absicht, nicht eher vom Tyne abzusegeln, als bis er Gewißheit habe, daß die Versicherung geschlossen sei. Hierauf lautet es in dem Schreiben: „Dann freilich hoffe ich, daß die Sache jetzt etwas besser gehen wird." — Diese Worte haben keinen Sinn, wenn man nicht annimmt, daß Ewertsen damals die Absicht gehabt, das Schiff auf der bevorstehenden und durch Versicherung gedeckten Reise zu beseitigen. Es lag nemlich, abgesehen von einer solchen Absicht, Nichts vor, was den Ewertsen dazu berechtigen konnte, für die Folgezeit einen günstigeren Gang des Schiffs-Unternehmens anzunehmen, mochte das Schiff zu 9000 oder zu 8000 Rb.-℔ unter Versicherung gebracht sein, mochte er, Ewertsen, vor dem Eintreffen der Nachricht von dem Assecuranz-Abschlusse absegeln, oder dieselbe erst abwarten. Anders war es, — und von dieser Auffassung aus betrachtet ist in jener Ewertsenschen Aeußerung unverkennbar Sinn — wenn diese Assecuranz selbst als das Mittel angesehen wurde, statt des unergiebigen Schiffes baares Geld zu erlangen. Dies Letztere aber mit einiger Wahrscheinlichkeit des Erfolges beim ordentlichen Lauf der Dinge zu „hoffen," wäre bei der damals bevorstehenden verhältnißmäßig kurzen Sommer-Reise grundlos gewesen. Alles ist dagegen im inneren Zusammenhange, wenn die Absicht gehegt wurde, durch Schiffswegsetzung die, überdies erhöheten, Versicherungsgelder zu erlangen.

c) Auch die unter den hier vorliegenden Umständen ungewöhnliche und mit dem Mit-Eigenthümer und Correspon-

dent=Rheder Brehm weder vorher vereinbarte, noch demselben demnächst gemeldete, von Ewertsen in Newcastle abgeschlossene Frachtversicherung, zumal zur Summe von 90 £, während die Fracht der Louise nur 42 £ betrug, unterstützt die Indicien, welche auf eine von Ewertsen ausgeführte, und zwar schon in Newcastle prämeditirte Schiffswegsetzung hinführen.

Das Factische ist hier nicht minder, wie bei den oben in Bezug genommenen Umständen, außer Zweifel. Es bedarf hiefür nur der Verweisung auf die Voracten, insbesondere auf die Aussagen des Ewertsen und des Brehm vor dem Criminalgerichte, so wie auf die Depositionen der Zeugen Schierbeck und Pontoppidan.

Anlangend

B. die von den Beklagten als Indicien benutzten Vorgänge aus der Zeit nach dem Antritt der Reise, so kommt es vor Allem auf die bezüglichen Beweismittel und, soweit solche überhaupt vorhanden sind, Gegenbeweismittel an.

Die Kläger berufen sich jenen Indicien gegenüber auf den, zufolge ihrer Ansicht den Ewertsen exculpirenden Inhalt der Verklarung. Diese ist aber — mit den früheren Richtern — als werthlos anzusehen. Die Schiffsmannschaft, mit alleiniger Ausnahme des Ewertsen, hat sich über die Unvollständigkeit resp. Ungenauigkeit und für die daraus zu ziehenden weiteren Folgerungen Verleitlichkeit der Verklarung in Betreff der Umstände, auf welche es hier ankommt, ausführlich, nachdrücklich und in allen wesentlichen Punkten übereinstimmend vor dem sie später vernehmenden Criminalgericht ausgesprochen. Den auf solche Weise modificirten und resp. zurückgenommenen Erklärungen der Mannschaft kann unter diesen Umständen gar keine Bedeutung beigelegt werden. Daß dadurch auch die Declaration des Ewertsen selbst, welche nur in Verbindung mit zustimmenden Erklärungen der Mannschaft als Verklarung Werth haben könnte, unbeweisend geworden ist, bedarf keiner Ausführung.

Zweifelhafter ist die Frage, welche Wirksamkeit den Aussagen beizulegen ist, welche vor dem Criminalgericht

von den Schiffsleuten (dem Steuermann und den Matrosen der Louise) abgelegt worden sind. — Daß nemlich dasjenige, was Ewertsen selbst und resp. dessen Mit-Rheder Brehm in der Untersuchung an für sie ungünstigen Umständen angegeben haben, gegen sie beweisend sei, wird klägerischerseits nicht bestritten, würde auch eventuell keinem Bedenken unterliegen können, da die Untersuchung gerade das gegenwärtig streitige Verhältniß betrifft, überdies auf Denunciation seitens der Beklagten eingeleitet worden ist.

Den Aussagen jener Schiffsleute wollen die Kläger alle Beweiskraft absprechen, erstens aus dem subjectiven Grunde, weil jene Leute mit ihren früheren eidlichen Declarationen in Widerspruch getreten, zweitens aus dem formellen Grunde, weil sie nicht als Zeugen in dem vorliegenden Processe, überdies ohne vorgängige Beeidigung, vernommen worden sind. — Den Klägern ist hierin nicht beizutreten.

Anlangend erstens den Widerspruch der Aussagen der Schiffsleute mit einem Theil der von ihnen bei der Verklarung abgelegten Depositionen, so gereicht freilich das Verhalten bei dieser letzten jenen Leuten zum Vorwurf. Allein die Schuld, welche darin zu erblicken ist, daß sie die volle Wahrheit zu sagen damals unterließen, und dadurch demjenigen, was sie für unwahr hielten, zur Geltung verhalfen, ist nicht von der Art, um die Declaranten jedes Glaubens für spätere Zeit als verlustig zu behandeln. Den von ihnen gegebenen Erklärungsgründen, daß sie das verbrecherische Verhalten des Ewertsen nicht aus directen Wahrnehmungen gekannt, sondern auf dasselbe nur aus einer Mehrheit anderer Beobachtungen geschlossen hätten, und nicht der Meinung gewesen seien, Angaben über dasjenige hinaus machen zu müssen oder zu dürfen, was sie bestimmt „wüßten;" endlich daß sie eine Scheu davor gehabt hätten, gegen ihren Capitain als Denuncianten aufzutreten, ist, in Berücksichtigung der Bildungsstufe, auf welcher Seeleute der in Rede stehenden Classe sich befinden, und der bei ihnen anzunehmenden unzureichenden Fähigkeit, rechtliche Verhältnisse der in

Betracht kommenden Art zu beurtheilen, so weit anzuerkennen, daß sie als moralisch verwerfliche Personen nicht anzusehen sind und ihnen die Fähigkeit, ein gewissenhaftes Zeugniß in späterer Zeit abzulegen, nicht abgesprochen werden kann.

Was ferner die formelle Beweiskraft jener Aussagen anlangt, so können dieselben freilich nicht als Depositionen von Proceßzeugen gelten, denn, wie schon hervorgehoben worden ist, sie haben nicht in dem gegenwärtigen Proceß deponirt und sind nicht beeidigt worden; auch liegt nicht etwa eine abgeschlossene und bis zur Condemnatoria durchgeführte Criminal-Untersuchung vor, deren Ergebniß als solches — wenigstens beim Mangel eines Gegenbeweises — ohne Weiteres maßgebend werden könnte; wohl aber ist jenen amtlich aufgenommenen, unter einander, wie im Allgemeinen so auch in den Einzelheiten, bis auf unerhebliche Punkte übereinstimmenden, auch durch kein anderweitig constatirtes Factum in Zweifel gestellten Aussagen die Natur von Indicien beizulegen, deren Wirksamkeit unter den hier vorliegenden Umständen als eine sehr erhebliche anzusehen ist.

Uebrigens bedarf es nicht einmal eines ausgedehnten von der vorgedachten Auffassung zu machenden Gebrauches, da Ewertsen die bei Weitem größere Zahl der Umstände, welche ihm gegenüber aufgestellt sind, in seinen vor dem Criminalgericht gemachten Angaben eingeräumt hat.

Was das Material des hier in Betracht gezogenen Theils der beklagtischen Beweisführung betrifft, so sind die aus dem Untersuchungsprotokolle hervorgehenden Umstände, welche das vom Capitain Ewertsen nach dem Antritt der Reise beobachtete Verhalten als ein ihn im hohen Grade verdächtigendes erscheinen lassen, von den früheren Richtern, insbesondere vom Handelsgerichte in dessen Erkenntniß vom 13. Juni 1863 pg. 39 — 115 eingehend und zutreffend im vorgedachten Sinne gewürdigt worden. Es wird deshalb im Folgenden nur dasjenige anzuführen sein, was etwa über die von den Klägern in jetziger Instanz besonders hervorgehobenen Beweisanfechtungsmomente zu bemerken sein möchte:

a. Capitain Ewertsen ließ vor dem Zeitpunkte, wo das Schiff leck wurde, Proviant (einige Säcke mit Brod und ein Faß Trinkwasser) auf dem Verdeck in Bereitschaft bringen.

Die Richtigkeit der Angaben der Schiffsleute über diesen Punkt ist von Ewertsen zugestanden worden; allein er hat die Füllung des leeren Fasses mit Wasser aus einer Fürsorge für das Faß, das Einfüllen von Brod in Säcke aus der Absicht, selbiges lüften und trocknen zu lassen, zu erklären versucht. Die Kläger geben es für unstatthaft aus, die Ewertsensche Angabe zu theilen, das ihm Ungünstige zu seinem Nachtheile gelten zu lassen, die Rechtfertigungsmomente aber nicht zu berücksichtigen. Die von Ewertsen hinzugefügten Erklärungsgründe bilden indessen selbstständige Behauptungen, welche, um als wahr zu Grunde gelegt werden zu können, eines Beweises bedürfen, wenn sie etwa nicht in den Umständen selbst eine Rechtfertigung finden. Ein Beweis liegt aber für sie nicht vor. Ferner spricht hier nicht nur das gegen den Ewertsen, daß beide in Rede stehenden Anordnungen desselben der Schiffsmannschaft auffallend gewesen sind, sondern die Trocknung und Lüftung von Brod in Säcken zu einer Zeit, wo, wie die Schiffsleute Saxtorph und Mogensen übereinstimmend bezeugt haben, Spritzwasser über das Deck sich verbreitete, würde eine so evident unzweckmäßige Maßregel gewesen sein, daß die hierauf gerichtete Behauptung des Ewertsen nur als eine grundlose Ausrede angesehen werden kann.

b. Capt. Ewertsen ließ außerordentlicher Weise die Böte des Schiffs in Bereitschaft setzen.

c. Er packte nach dem Abgange des Schiffs vom Tyne, also kurze Zeit vor dem Untergang desselben, sein Zeug in einen Koffer, in welchem auch dasselbe alsbald gerettet worden ist.

Dies Factum hat er eingestanden, jedoch als Erklärungsgrund dieses ihn höchst verdächtigenden Umstandes hinzugefügt: da er gleich nach der Ankunft des Schiffes in Copenhagen habe an das Land gehen und dort wohnen wollen,

so habe er sich veranlaßt gesehen, alsbald nach dem Reiseantritt am Bord des Schiffes den Koffer zu packen. Von dieser Anführung gilt das oben über die Veranstaltung des Proviants Gesagte. Ein Beweis liegt dafür nicht vor, und dawider spricht die hohe Unwahrscheinlichkeit der Angabe des Capitains. Zur Packung des Koffers, um ans Land zu gehen, war selbst noch am letzten Tage der Reise völlig ausreichende Zeit vorhanden. Dem Steuermann Sartorph ist denn auch, als er den Capitain bei der Kofferpackung antraf, diese sehr auffallend gewesen, so sehr, daß er sofort darüber seine Verwunderung gegen den Capitain geäußert hat.

d. Capt. Ewertsen sah häufig nach dem in gleicher Richtung fahrenden preußischen Schiffe aus und verrieth in den Stunden, welche dem Leckwerden und dem Untergange des Schiffes vorangingen, große innere Unruhe.

Diesen Aussagen hat er keinen Widerspruch entgegengesetzt. Der Erklärungsgrund, welchen er für seine Unruhe angegeben hat („Sehnsucht, nach Hause zu kommen"), ist unbedenklich als unglaubwürdig zu betrachten.

e. Capt. Ewertsen, welcher in den dem Leckwerden des Schiffs vorangehenden Stunden die Freiwache hatte, benutzte diese nicht, wie ordentlicher Weise zu geschehen pflegt, zur Ruhe, sondern stieg, nachdem er sich schon Tags vorher im Raum des Schiffes längere Zeit aufgehalten hatte, wiederum in denselben hinab, verblieb und beschäftigte sich dort längere Zeit, und warf unter Anderem auch mit den Steinkohlen der Ladung herum. Er hatte in einem vom Zimmermann geliehenen Bohrer und in mehreren auf sein Geheiß von eben demselben angefertigten, der Größe des Bohrers entsprechenden langen Pflöcken Werkzeuge und Hülfsmittel sich verschafft, mittelst welcher er im Stande war, ohne Schwierigkeit das Schiff anzubohren und hierauf die Bohrlöcher bis zu dem Augenblicke, in welchem die Versenkung des Schiffes ins Werk gerichtet werden sollte, zu verschließen.

Diese wichtigen und, wie keiner Ausführung bedarf, zumal in Verbindung mit den übrigen Indicien auf das Er-

heblichste zu Gunsten der Beweisführung ins Gewicht fallenden Umstände sind, wie mit den früheren Richtern anzunehmen ist, als vollständig hergestellt anzusehen, und unterliegt die Grundlosigkeit der Ewertsenschen Rechtfertigungsversuche — zumal in Mitberücksichtigung des Gutachtens der Schiffer-Alten — keinem Bedenken.

f. Capt. Ewertsen, der im Laufe des Tages, an welchem das Schiff Abends verloren ging, mehrmals in einer den Schiffsleuten auffallend erscheinenden Weise die Außenseite des Schiffes aufmerksam betrachtet hatte, war es, welcher alsbald, nachdem er aus dem Raum von dem vorstehend angegebenen letzten Aufenthalt daselbst auf das Verdeck zurückgekehrt war, durch ein um diese Zeit ungewöhnliches Peilen der Pumpe das Leckfein des Schiffes constatirte und auch verkündigte. Ohne über das plötzliche Leckwerden des Schiffes befrembet zu sein oder zur Aufsuchung und eventuell Verstopfung des Lecks irgend Etwas vorzunehmen, ließ er von vorhandenen zwei Pumpen nur eine in Wirksamkeit setzen, erklärte bald das Schiff für unrettbar und beorderte die Mannschaft, mit ihm dasselbe zu verlassen.

g. Nachdem Capt. Ewertsen und die übrige Mannschaft das Schiff verlassen hatten, beobachtete der Erstere, als sich Gelegenheit dazu zeigte, nochmals an das sinkende Schiff zurückzufahren, dadurch, daß er anscheinend ohne Veranlassung im Raume desselben sich zu schaffen machte und es verhinderte, daß andere Personen ebenfalls in denselben gelangten, von Neuem ein ihn der Schiffswegsetzung verdächtigendes Verhalten. Dagegen kann der Vermuthung des Matrosen Bovien, daß, weil gleich nach des Ewertsen letztem Aufenthalt im Raum des Schiffes dieses sehr schnell gesunken sei, derselbe die Bugpforte ausgestoßen haben möge, nicht zugestimmt werden, da eine solche Procedur schwerlich von einer Person hätte ausgeführt werden können, und, wenn ausgeführt, nicht ohne sichtbare Folgen der Ueberfluthung mit Wasser an demjenigen, welcher sie ausgeführt, geblieben sein würde.

Als letztes Indicium ist endlich anzuführen der Umstand,

d. daß Capt. Ewertsen der Untersuchung durch das Fortgehen aus seinem Vaterlande sich entzogen hat.

Das Factum ergiebt sich aus den Untersuchungs-Acten. Wenn die Kläger ihrerseits behaupten, Ewertsen habe Copenhagen mit Wissen und Willen des Criminalgerichts verlassen und sei auch von demselben nicht zurückverlangt worden, so steht Dies mit dem Inhalte des Protokolls im Widerspruch. Von einer seitens des Ewertsen nachgesuchten oder von dem Criminalgericht ertheilten Erlaubniß, fortzureisen, liegt eben so wenig Etwas in den Acten, wie davon, daß ihm zu erkennen gegeben sei, die Untersuchung solle gegen ihn nicht fortgesetzt werden. Nach pg. 60 des Protokolls ließ das Criminalgericht am 20. Septbr. 1859 — zu der Zeit, als der Zimmermann Mogensen, dessen Abwesenheit den Fortgang der Untersuchung längere Zeit aufgehalten hatte, zurückgekehrt und zum ersten Male vernommen worden war — den Ewertsen in Copenhagen aufsuchen. Jedoch vergeblich, da derselbe nicht mehr dort zu finden war, vielmehr in England sich aufhielt.

Daß

C, insofern es sich um die Frage nach klägerischen Gegenbeweismomenten handelt, der Verklarung keine Bedeutung beigelegt werden kann, ist schon oben bemerkt worden. Außer auf die Verklarung haben die Kläger sich zum Zweck der Gegenbeweisführung nur noch darauf berufen, daß für Ewertsen kein Interesse bestanden habe, so weit er bei dem Schiffe betheiligt gewesen sei, dasselbe zu beseitigen und dagegen den betreffenden Theil der Assecuranzgelder zu beziehen. Und das Handelsgericht ist den Klägern hierin beigetreten. Käme es bei diesem Punkte nur auf den Betrag an, welchen Ewertsen und sein Mit-Rheder Brehm bis zu dem betreffenden Zeitpunkte im Ganzen für das Schiff verausgabt hatten, so würde hier den Klägern beizupflichten sein, da die vorliegenden, auch in das Handelsgerichts-Erkenntniß aufgenommenen Zahlen-Angaben zu dem Resultate führen, daß die Gesammt-

summe der Aufwendungen hinter den Versicherungsgeldern (9000 Rb.-ℌ und 90 £) nur um einen nicht sehr bedeutenden Betrag zurückbleibt. Allein abgesehen davon, daß, wie die Beklagten richtig ausgeführt haben, die Aufwendung von Reparaturkosten den Werth eines Schiffes — und zwar auch für die Rheder selbst — gegen den Zustand, ehe die Reparatur-Nothwendigkeit eintrat, nur so weit erhöhet, als wirkliche Meliorationen des Schiffes bewirkt worden sind, wovon hier Nichts vorliegt, so ruhet hier das mögliche und den Umständen nach wahrscheinliche Motiv der Ewertsenschen Schiffswegsetzung gar nicht in dem Ergebnisse einer Abwägung des Gesammtbelaufs der Aufwendungen gegen den Betrag der Versicherungsgelder, sondern darin, daß das Schiff einen für die Eigenthümer große Uebelstände und Schwierigkeiten herbeiführenden, uneinträglichen und fernere Verlüste und Unannehmlichkeiten in Aussicht stellenden Besitz bildete.

Schon oben sind die Briefe angezogen worden, in welchen Ewertsen vor dem Untergange des Schiffes darüber, wie er über dessen Besitz denke, sich geäußert hat. Aus ihnen geht hervor, daß er zu jener Zeit in einer durch „das Unglück, welches dem Schiffe bisher folgte," niedergedrückten Stimmung sich befand. Und diese Stimmung war eine auch nach anderen aus den Acten hervorgehenden Umständen begründete. Nach des Zeugen Schierbeck Aussage stand Ewertsen selbst in Copenhagen in so schlechtem Ruf, daß schon deshalb Versicherung auf das in seinem Besitz und unter seiner Führung befindliche Schiff dort nicht zu erlangen war, und der Zeuge Pontoppidan sprach sich über den verlorenen Schooner dahin aus: „es sei ein sehr schlechtes Schiff gewesen; die Copenhagener Versicherer hätten, soweit Zeuge sich dessen erinnere, keine Versicherung auf dasselbe leisten wollen." Das Nämliche ist von dem seitens des Copenhagener Criminalgerichts vernommenen Vater des Brehm — welcher um die betreffende Zeit die Angelegenheiten seines Sohnes in Beziehung auf das Schiff vertrat — ausgesagt worden: „das Schiff konnte in Copenhagen nicht versichert werden", unter der

Hinzufügung, „auch in London habe Ewertsen dasselbe nicht versichert erhalten können." Und daß Ewertsen auch in Newcastle den Versuch, dort Versicherung auf das Schiff zu nehmen, vergeblich gemacht hat, geht aus dessen Brief an Brehm aus Newcastle vom 16. Juni hervor. („Aus meinem letzten Briefe ersehen Sie, daß ich das Schiff hier nicht versichert bekommen kann.") — Endlich gab der Mit-Rheder Brehm an, „das Schiff habe keine Rimessen gegeben."

Unter solchen Umständen war eine schnelle Verwerthung des Schiffs für baare 9000 Rb.-ß und 90 £ ein dem Interesse der Rheder entsprechendes, ja sogar sehr vortheilhaftes und lockendes Unternehmen.

III. Ist zufolge des Vorstehenden auf Grund einer großen Anzahl in ihren Voraussetzungen entweder unbestrittener oder bewiesener, in ihrer Schlüssigkeit tadelloser und dringlicher, in ihrer Uebereinstimmung ausnahmsloser, auch einander überall unterstützender und ergänzender Indicien, beim völligen Mangel eines, sei es directen, sei es künstlichen Gegenbeweises nicht daran zu zweifeln, daß Capitain Ewertsen das von ihm geführte Schiff durch absichtliche Herbeiführung eines Lecks zum Sinken gebracht hat, so kann von einer Zulassung der klägerischen Partei zum Reinigungseide nicht die Rede sein. Es macht dabei auch keinen Unterschied, daß die Beklagten, insofern ihnen noch eine Eidesleistung aufzulegen ist, nur über ihr Glauben schwören können, während auf Seiten der klägerischen Partei der eventuell mit zum Eide zu stellende Ewertsen aus eigener Wissenschaft zu schwören im Stande sein würde. Denn das unter Umständen eintretende Zurückstehen derjenigen Partei, welche nur ihre Ueberzeugung zu beeidigen im Stande ist, gegen diejenige, welche auf Grund eigenen Wissens schwören kann, findet dann nicht Statt, wenn erstere einen nach der gewöhnlichen Ausdrucksweise mehr als halben Beweis geliefert hat, wie dies hier unbedenklich von den Beklagten anzunehmen ist.

---

68. Lübeck.

Die Riunione Adriatica di Sicurta zu Triest, Klä-
gerin, wider Heinrich Walte jun. zu Lübeck,
Beklagten, Rückforderung einer Assecuranzvergütung
jetzt geführten Beweis betreffend. App. II.

Es handelt sich in dem vorliegenden Fall um die R
erstattung eines gezahlten Brandschadens auf versicherte
bilien von Crt. ℔ 6513. 8 ß, welchen die klägerische Com
nie um deswillen verlangt, weil Beklagter, der bei dem B
zufällig abwesend war, einzelne Gegenstände, welche er
sich und seine Familie auf die Reise mitgenommen, bei
quidirung seines Brandschadens als gerettet nicht aufge
ben hatte.

Die Police-Bedingungen der klägerischen Compagnie e
halten nemlich im § 18 folgende Bestimmung:

„Jede Verschweigung, falsche oder entstellte Angabe, B
trug, Unterschleif, jede hinterlistige Verheimlichung
wohl vor als nach dem Brande, in so fern sie a
irgend einen Punkt der Versicherung oder auf die
leistende Entschädigung Einfluß haben kann, sowie j
Nichtbeachtung, Verletzung oder Umgehung der in
vorstehenden Artikeln für die Versicherten enthalte
Verpflichtungen hat die völlige Ungültigkeit
Versicherungsscheins zur Folge und die Ges
schaft ist jeder Verpflichtung enthoben, ohne zu irge
einer Prämienrückvergütung verpflichtet zu sein."

Auf Grund dieser Bestimmung forderte nun die klägerisch
Gesellschaft, da sie von der Nichtangabe geretteter Gegenstände
erst bei Gelegenheit einer gegen den Beklagten in Betreff d
Brandes eingeleiteten, übrigens mit dessen völliger Frei
sprechung beendigten, Criminaluntersuchung erfahren hatte, die
bereits gezahlte Schadenssumme zurück, indem sie auf die Un-

rsuchungs-Acten zur Unterstützung dieses ihres Anspruchs ezug nahm.

Das Niedergericht erkannte am 2. Febr. 1861 auf eweis in Betreff einer der klägerischen Behauptung nach auf e Reise mitgenommenen und als gerettet nicht angegebenen hr, indem es hervorhob, daß schon dies eine Factum, wenn wiesen, eine mit der erforderlichen bona fides nicht verträgche. positiv falsche Angabe constatiren, mithin den Beklagten uf Grund einer böslichen Verschweigung eines Gegenstandes, elcher unter die Versicherung falle, sachfällig machen würde.

Das Obergericht (Facultät Breslau) hob dies Erkenntß am 12. Sept. 1861 auf und verurtheilte den Beklagten das Capital und die Kosten der ersten Instanz, indem es var mit dem Niedergericht zur Begründung des klägerischen Anspruches ein doloses Verhalten des Beklagten für forderlich erachtete, jedoch diesen dolus dahin feststellte, daß son jede wissentliche, gleichviel ob mit mehr oder weniger eutlichkeit ins Bewußtsein tretende Unredlichkeit genüge, um is Präjudiz des § 18 gegen den Beklagten in Kraft treten i lassen, wobei es dann ferner annahm, daß solcher dolus schon ich demjenigen, was in den Acten vorliege, bewiesen sei.

Am 29. November 1862 erkannte aber das O.-A.-Gericht if einen von der Klägerin, alternativ mit dem ihr vom -G. nachgelassenen, zu erbringenden Beweis dahin:

„daß der Beklagte die auf die Reise nach Stadthagen mitgenommenen und dorthin vorausgeschickten Gegenstände oder einzelne derselben, so weit sie nicht in der Anl. 3 zur Klage aufgeführt seien oder in Schmucksachen bestanden hätten, namentlich u. s. w., mit dem Bewußtsein, daß sie unter die mit der Klägerin geschlossene Versicherung fielen, bei Aufgabe der auf die Reise mitgenommenen Gegenstände verschwiegen habe,"

idem es in den Entscheidungsgründen aussprach, daß, wenn s gleich der Beurtheilung des O.-Gerichts in Betreff des rforderlichen dolus völlig beitrete, denn doch, „wie vom).-A.-Gericht schon in wiederholten Fällen ausgesprochen sei,

bei anticipirter Beweisführung, namentlich wenn eine Partei den Versuch mache, die Existenz einer der Sachlage nach von ihr zu beweisenden Thatsache schon im ersten Verfahren aus dem Inhalt der Acten abzuleiten, abgesehen von besonderen Umständen, wenn etwa ein gerichtliches Bekenntniß, oder ihrer Natur nach vollbeweisende Urkunden oder Aehnliches vorliegen sollte, schon aus dem Grunde ein ordentliches Beweisverfahren zu eröffnen sei, um es der Gegenpartei möglich zu machen, ihrerseits dem vom Antragsteller in Bezug genommenen und etwa ferner beizubringenden Beweismaterial Gegenbeweismomente entgegenzustellen, wozu Beklagter bisher keine Gelegenheit gehabt oder ihm doch keine Verpflichtung obgelegen habe."

Um das Resultat dieser Beweisführung handelt es sich im gegenwärtigen Verfahren. Die Klägerin hat neues Beweismaterial nicht beigebracht, wohl aber hat der Beklagte einen Gegenbeweis zu führen unternommen.

Am 6. Januar 1865 verurtheilte nunmehr die erste Instanz den Beklagten der Klagbitte gemäß unter Compensation der Kosten, indem sie den Gegenbeweis für verfehlt, dagegen den vom O.=A.=Gericht normirten Beweis für geführt annahm; das Obergericht aber erkannte am 22. März 1865 auf einen über den Inhalt jenes Beweises vom Beklagten zu leistenden Reinigungseid.

Das Oberappellations=Gericht endlich stellte durch Erkenntniß vom 30. Sept. 1865 das Urtheil der ersten Instanz wieder her und compensirte die Kosten des Verfahrens.

Entscheidungsgründe.

Der in dem Oberappellations=Gerichts=Erkenntnisse vom 29. November 1862 festgestellte Beweissatz, „daß der Beklagte die im Mai 1857 auf die Reise nach Stadthagen mitgenommenen und dorthin vorausgeschickten Gegenstände oder einzelne derselben, so weit sie nicht in der Anlage 3 zur Klage aufgeführt gewesen seien, oder in Schmucksachen bestanden hätten, namentlich das Kinderzeug, das Kinderbettzeug, die Mantille seiner Ehefrau, so wie die zur Reise an-

geschafften Garderobestücke und Putzsachen, mit dem Bewußtsein, daß sie unter die mit der Klägerin geschlossene Versicherung gefallen seien, bei Aufgabe der auf die Reise mitgenommenen Gegenstände verschwiegen habe," hat in Betreff der wesentlich in Betracht kommenden Worte: „mit dem Bewußtsein, daß sie unter die in Rede stehende Versicherung gefallen seien," in den Entscheidungsgründen zu jenem Erkenntnisse pg. 36 u. 37 die nähere Erläuterung gefunden, daß es nicht, wie von der ersten Instanz (Erkenntniß vom 2. Febr. 1861) für nothwendig erklärt worden war, auf eine von dem Beklagten besonders gehegte, planmäßig gegen die Klägerin auszuführen gesuchte Absicht der Uebervortheilung ankomme, sondern daß schon eine jede bei den fraglichen Angaben geübte wissentliche, gleichviel mit mehr oder weniger Deutlichkeit ins Bewußtsein fallende, die Klägerin verkürzende Unrichtigkeit derselben ausreichend sei, um die Verwirkung des beklagtischen Rechts aus der Versicherung zur Folge zu haben.

Welche Gegenstände es sind, in Betreff deren der Beklagte unvollständige Angaben gemacht hat und wegen welcher es gegenwärtig auf die Frage, ob der obige Beweis geführt oder nicht geführt sei, ankommt, darüber ist im Allgemeinen keine Ungewißheit vorhanden. Es steht nach den eigenen Angaben des Beklagten in der Untersuchung fest und ist außerdem durch die von demselben nicht angefochtenen Aussagen der vernommenen Zeugen, insbesondere des Commis Isernhagen, außer Zweifel gestellt, daß der Beklagte außer den in der Anlage C. verzeichneten wenigen Garderobestücken — welche in Betracht des Umstandes, daß der Beklagte damals mit seiner Frau, zwei Kindern und einer Dienstmagd eine Reise antrat, um mehrere Monate an einem fremden Orte sich aufzuhalten, sofort als bei Weitem unzureichend erscheinen — noch ein bedeutendes Quantum anderer Gegenstände des persönlichen Gebrauchs für sich, seine Frau und die Kinder in einer auf der Eisenbahn vorausgeschickten — nach der Angabe des Isernhagen etwa 4 Fuß in's Gevierte haltenden Packkiste und in mehreren — wie Isernhagen angiebt drei — Koffern mit

sich genommen hat. Die Einzelheiten dieser Gegenstände sind freilich nicht hergestellt, doch kommt es darauf, worin dieselben speciell bestanden haben, nicht an. Gewiß ist es, daß unangezeigt gebliebene Gegenstände derjenigen Kategoricen voraus-geschickt und resp. mitgenommen worden sind, welche in dem Beweissatze Erwähnung gefunden haben; auch genügt es zufolge dieses letzteren, wenn das Bewußtsein einer die Klägerin verkürzenden Nicht-Angabe auch nur in Betreff einzelner derselben bei dem Beklagten Statt gefunden hat.

Anlangend

I. die Beweisführung, so hat freilich die Klägerin demjenigen, was schon vor Abgebung des Beweiserkenntnisses vom 29. Novbr. 1862 an Beweismomenten vorlag, neues Material nicht hinzugefügt; gleichwohl konnte es keinem Bedenken unterliegen, schon durch jene Momente den Beweis — abgesehen von etwaniger Zerstörung desselben durch beklagtischen Gegenbeweis — für geführt anzunehmen.

Hiefür darf auf die Entscheidungsgründe zu dem vorbezeichneten Erkenntnisse verwiesen werden, in welchen ausgeführt worden ist, daß die Zugehörigkeit der in Rede stehenden Gegenstände zu den von der Versicherung betroffenen, und in Folge hievon die Nothwendigkeit, den Werth derselben der Klägerin auf die derselben zur Last gebrachte Versicherungssumme zu gut zu rechnen, nicht nur an sich in solchem Maße unzweifelhaft ist, daß ein auf Seiten des Beklagten — eines keineswegs geschäfts- oder verkehrsunkundigen Mannes — hierüber vorgekommener Irrthum nicht wohl denkbar erscheint, sondern daß auch der Beklagte durch sein Verfahren bei Aufstellung seiner Schadensforderung selbst bekundet hat, von der richtigen Auffassung in Betreff dieses Punktes ausgegangen zu sein.

Hiegegen könnte nur etwa das Bedenken erhoben werden, daß möglicher Weise die vom Beklagten auf die Reise vorausgeschickten und resp. mitgenommenen, aber unangezeigt gebliebenen Gegenstände zu der Zeit der Aufstellung und Geltendmachung der Schadensrechnung bei dem Beklagten in

Vergessenheit gerathen gewesen seien. Der Beklagte hat indessen diese Behauptung nicht aufgestellt, auch würden einer solchen die Umstände entgegenstehen, welche um die in Betracht kommende Zeit Statt gefunden haben. Es ist nemlich keine einmalige und momentane Angabe gewesen, welche hier in Frage steht, sondern zwischen dem Beklagten und dem klägerischen Agenten Grevesmühl ist längere Zeit über den Gegenstand derselben verhandelt, hiebei dem Beklagten Vollständigkeit seiner Angaben zur Pflicht gemacht, und von ihm die in Rede stehende Aufgabe mehrmals, in Nebenbemerkungen freilich einigermaßen verschieden, in der Nicht-Aufführung der in Rede stehenden Gegenstände aber übereinstimmend ertheilt worden. Und Grevesmühl, in der Untersuchung vernommen, hat ausgesagt: „Es sei ihm unwahrscheinlich gewesen, daß eine aus Mann, Frau und zwei Kindern bestehende Familie, welche auf eine fünfmonatliche Reise gehe, so wenig Sachen mitgenommen haben sollte; er habe den Beklagten auf diese Unwahrscheinlichkeit aufmerksam gemacht:" die Wahrheit welcher Aussage durch das Schreiben, welches der Beklagte am 10. Aug. 1857 an die klägerische General-Direction in Triest richtete, außer Zweifel gestellt wird. Denn der Beklagte bemerkt in demselben: „Grevesmühl forderte Specification über die verbrannten Gegenstände, welche ich ihm sandte, so wie über diejenigen Sachen, die wir zur Reise mitgenommen haben," und beschwert sich im ferneren Inhalt des Schreibens über die Zumuthung, „jeden einzelnen noch so werthlosen Lappen specificiren und berechnen zu müssen." — Darf hiernach unbedenklich von der Annahme ausgegangen werden, daß der Beklagte, zu einer vollständigen und specificirten Aufgabe der auf die Reise mitgenommenen Gegenstände aufgefordert, wiederholt eine Liste derselben eingegeben hat, über deren Unvollständigkeit er nicht hat im Zweifel sein können; daß er auf der Richtigkeit derselben ungeachtet der ihm bei der Unterhandlung über die Entschädigungssumme von dem klägerischen Agenten entgegengesetzten Einwendungen beharrt und durch einen bei der Triester General-Direction

unternommenen Schritt, unter unveränderter Beibehaltung der in Rede stehenden Angabe, die Anerkennung seiner Aufstellung zu bewirken gesucht und wirklich erwirkt hat, so ist, in Uebereinstimmung mit der L. 7 pr. Dig. de administratione et peric. tutorum, der hier in Rede stehende Beweis für geführt anzunehmen, wenn nicht etwa der Beklagte besondere Umstände angegeben und bewiesen haben sollte, welche seinen guten Glauben außer Zweifel stellen. — Der in dieser Richtung vom Beklagten unternommene Versuch ist aber verfehlt, indem

II. das von ihm im Gegenbeweise Gelieferte ungeeignet ist, sein Verhalten als ein auf gutem Glauben beruhendes erscheinen zu lassen.

Der Beklagte hat den Gegenbeweis auf Aeußerungen gerichtet, welche er um die Zeit der Aufstellung seiner Schadensrechnung und der mit den Vertretern der Klägerin geführten Unterhandlung gegen zwei ihm nahe stehende Personen über dasjenige gemacht haben will, was seiner Ansicht nach unter die Versicherung gehöre oder nicht unter dieselbe zu rechnen sei, und folglich als resp. verbrannt oder der Feuersgefahr entzogen der Klägerin entweder zur Last zu bringen oder außer Ansatz zu lassen oder auf die Versicherungssumme zu kürzen sei; auf Aeußerungen, welche bekundet hätten, daß er, Beklagter, damals wirklich diejenige Ansicht gehegt habe, welche von ihm der Klägerin gegenüber befolgt und später im Processe vertreten worden sei. Derartige Aeußerungen hätten, wenn bewiesen, und falls in ihnen der Ausdruck wahrer Ueberzeugung des Beklagten zu erblicken sein sollte, ohne Zweifel von großer Erheblichkeit zu Gunsten desselben sein können. Der in dieser Richtung von dem Beklagten unternommene Beweis-Versuch mußte indessen als ein verfehlter angesehen werden.

Zuvörderst kann den beiden Zeugen, welche der Beklagte gestellt hat, Klevenhusen und Beuck, Vollgültigkeit nicht beigelegt werden. Dem Ersteren, einem Schwager des Beklagten, steht einigermaßen schon diese Verbindung mit demselben sehr stark aber der fernere Umstand entgegen, daß er actenmäßig

kundigermaßen mit der Klägerin in einen, dem Gegenstande nach bedeutenden und — weil dem Zeugen rechtswidrige Verkürzung der Klägerin bei Gelegenheit seiner Feuerschaden-Reclamation zur Last gebracht worden ist — ihn empfindlich berührenden Proceß verwickelt ist oder wenigstens zur Zeit seiner Zeugen-Aussage noch verwickelt war. Hiernach muß Klevenhusen als ein im hohen Grade verdächtiger Zeuge angesehen werden. — Nur in geringem Grade erscheint dagegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen Beuck durch den Umstand gemindert, daß er ein Vetter des Beklagten ist. Von sonstigen näheren Beziehungen dieses Zeugen zu dem Beklagten oder von einer feindlichen Stellung desselben zu der Klägerin oder deren Vertreter liegt Nichts vor.

Bei dieser Beschaffenheit der beklagtischen Zeugen müßte der Inhalt ihrer Aussagen materiell sehr entschieden zu Gunsten des Beklagten ins Gewicht fallen, wenn durch sie der Gegenbeweis als geführt anzusehen sein sollte. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Bei der Prüfung des Werthes jener Aussagen sind folgende drei Kategorieen der von dem Beklagten als auf die Reise vorausgeschickt oder mitgenommen anzuzeigen gewesenen, aber unangezeigt gebliebenen Gegenstände zu unterscheiden. Jene Gegenstände sollen bestanden haben

1) in solchen, welche der Beklagte erst zur Reise neu angeschafft haben will;

2) in solchen, von welchen er behauptet hat, resp. hat zugeben müssen, daß er sie erst nach dem Abschluß der gegenwärtig fraglichen, mit der Klägerin am 28. Mai 1856 auf ein Jahr geschlossenen Versicherung, also n a c h dem so eben genannten Tage, angeschafft oder erworben habe (z. B. die seidene Mantille seiner Frau);

3) in solchen, von welchen er angiebt, daß sie bei Abschluß der vorgedachten gegenwärtigen Versicherung bereits vorhanden gewesen, jedoch erst nach dem Abschluß der am 28. Mai 1854 bei dem deutschen Phönix genommenen Versicherung angeschafft worden seien.

Was

zu 1) die angeblich erst zur Reise angeschafften Gegenstände betrifft, so hat der Beklagte ursprünglich in der Untersuchung angegeben, wie, als bei den Verhandlungen über die Schadensliquidation geschehen, auch von dem Agenten Grevesmühl bezeugt worden ist, daß sämmtliche in dem qu. Verzeichnisse nicht aufgeführten, auf die Reise vorausgeschickten oder mitgenommenen Gegenstände der hier genannten Kategorie angehört hätten. Wäre der Beklagte bei dieser Angabe verblieben, und hätte er bei derselben den aus den Acten sich ergebenden Umständen gegenüber verbleiben können, so würde das Beweis-Ergebniß sich für ihn günstig haben gestalten können. Denn in Betreff solcher Gegenstände, welche etwa der Beklagte ausschließlich zum Zweck der Reise angeschafft hätte, ohne ihnen die Bestimmung zu geben, Theile der versicherten Hausraths-Gesammtheit zu werden, war seine Annahme, daß es deren Angabe bedürfe, eine nahe liegende und erklärliche. Bei ihnen würden hiernach die oben unter I. erwähnten, gegen den Beklagten sprechenden dringenden Vermuthungen nicht zutreffen. Es ist indessen nach dem Inhalt der Acten gewiß, daß der Beklagte verschiedene und verschiedenartige Gegenstände für den Zweck der Reise vorausgeschickt oder selbst auf dieselbe mitgenommen hat, welche er nicht erst zu derselben angeschafft hat und die er gleichwohl in dem Verzeichniß der geretteten Gegenstände mit aufzuführen unterließ.

Zu 2. In Betreff der nicht erst zur Reise, sondern schon früher, jedoch nach dem Abschluß der gegenwärtigen Versicherung angeschafften oder erworbenen Gegenstände kommen für die Beurtheilung des beklagtischen Gegenbeweises die Aussagen der Zeugen zu den Artikeln 4 und 5 in Betracht. Der Art. 4, welchen beide Zeugen ohne Weiteres bejahet haben, geht dahin, „der Beklagte habe wiederholt gegen die Zeugen den Grundsatz als einen seines Erachtens unzweifelhaften aufgestellt, daß er sich diejenigen Gegenstände nicht brauche abziehen zu lassen, die er nach dem Abschluß der Feuer-Ver-

sicherung und kurz vor der Reise nach Stadthagen zum Reisegebrauch angeschafft habe, daß vielmehr diese später, d. h. nach Abschluß der Versicherung angeschafften Gegenstände überall gar nicht unter die Versicherung fielen.“ Unverkennbar liegt hier eine Zweideutigkeit vor, indem der Schluß des Artikels es einigermaßen ungewiß erscheinen läßt, ob nicht, außer den kurz vor der Reise nach Stadthagen angeschafften, auch alle anderen nach dem 28. Mai 1856 (dem Tage des Abschlusses der in Rede stehenden Versicherung) neu erworbenen Gegenstände hier gemeint und den Zeugen zur Frage verstellt seien. Die nächstliegende und natürliche Auffassung des Artikels ist indessen die, daß derselbe nur von den kurz vor der Reise angeschafften Gegenständen zu verstehen sei. Denn sollte Alles, was nach dem 28. Mai 1856 angeschafft worden, gemeint sein, so bedurfte es des Zusatzes „und kurz vor der Reise angeschafft“ ꝛc. nicht; dagegen ist nichts Ueberflüssiges gesagt, wenn das „und“ als rein copulativ, oder etwa als gleichbedeutend mit „und zwar“ verstanden wird, indem dann nur der näher bezeichnete Theil der nach Abschluß der Versicherung angeschafften Sachen gemeint worden ist. Ueberdies liegt dafür, daß der Beklagte nur hinsichtlich der zur Reise angeschafften Sachen gegen andere Personen — etwa auch gegen die Zeugen — sich ausgesprochen haben wird, darin eine dringende Vermuthung, daß er gegen den Agenten Grevesmühl die Nichtaufführung der außer den aufgegebenen auf die Reise mitgenommenen Gegenstände nur damit zu rechtfertigen gesucht hat, daß sie zur Reise neu angeschafft seien. — Auch ist es von Bedeutung, daß zwar der Art. 6 dahin gerichtet ist, der Beklagte habe wiederholt seine feste Ueberzeugung ausgesprochen, daß Sachen, welche zur Zeit des Versicherungs-Abschlusses noch nicht Eigenthum des Versicherten gewesen seien, die Versicherung überhaupt nicht berührten, und der Art. 7 dahin, daß der Beklagte dies insonderheit von der Mantille geäußert habe, daß aber der Beklagte es unterlassen hat, in diese Artikel den Punkt mit aufzunehmen oder einen besonderen Artikel dahin zu stellen,

wann er die gedachten Aeußerungen gethan habe, wäh
doch hier Alles auf den Zeitpunkt ankommt, in welchem
Beklagte seine Auffassung des in Rede stehenden Pun
bekundet haben will. — Bei dem hiernach in Betreff des
halts der Artikel 6 und 7 anzunehmenden wesentlichen M
gel verlieren nicht nur diese letzteren und die von den Z
gen über sie gegebenen Antworten alle Bedeutung für
beklagtischerseits zu liefernden Gegenbeweis, sondern der U
stand, daß besondere Artikel eigens auf diejenigen Gegenstä
gerichtet sind, welche vor der Zeit der für die Reise gema
ten Vorbereitungen nach dem 28. Mai 1856 angeschafft w
den sind, bestärkt die Richtigkeit der engeren Auffassung
Art. 4.

In Betreff dieses letzteren fehlt es nun freilich nicht
einem Artikel, welcher die Zeit, in welcher die fragli
Aeußerung gemacht sein soll, betrifft, indem der Art. 5 d
letztere in den Zeitraum nach dem Brande und vor der Sch
densregulirung verlegt; allein bei der zufolge des Vorsteh
den anzunehmenden Bedeutungslosigkeit des Art. 4 kommt
selbstverständlich auf den Art. 5 nicht weiter an.

Sollte übrigens der Art. 4 in der weiteren, alle seit dem
28. Mai 1856 angeschafften Gegenstände umfassenden Be
deutung aufzufassen, und insbesondere von den Zeugen
aufgefaßt worden sein, so würde es doch an einer ausreiche
den Bewahrheitung des in Rede stehenden Umstandes fehle
da nur der, wie oben bemerkt worden, höchst verdächtige Ze
Klevenhusen den zur Ergänzung des Art. 4 erforderlich
Art. 5 bestimmt bejahet hat, während von dem Zeugen Be
nicht mehr angegeben worden ist, als daß die Aeußerung na
dem Brande gethan sei, was selbstverständlich hier ohn
alle Bedeutung ist, wogegen er, der Zeuge, nur glaube,
daß sie vor der Schadensregulirung Statt gefunden habe.
Dem bloßen Glauben des Zeugen kann schon an sich, vol
lends aber hier deshalb keine Wirksamkeit beigelegt werden,
da eine verhältnißmäßig lange Zeit (7 Jahre) zwischen den

in Frage stehenden, an sich wenig bemerkenswerthen Vorgängen und der Zeugenvernehmung verflossen ist.

Selbst eine dem Beklagten günstigere Auffassung des vorberührten Punktes würde indessen unwirksam sein, weil jedenfalls

zu 3) der Gegenbeweis des Beklagten gänzlich verfehlt ist.

Um die Nicht-Angabe der vor dem 28. Mai 1856, jedoch nach dem 28. Mai 1854 (dem Tage des Abschlusses der Phönix-Versicherung) angeschafften Gegenstände als bona fide geschehen erscheinen zu lassen, hätte der Beklagte seine Ueberzeugung in Betreff folgender beiden Umstände behaupten und bewahrheiten müssen: erstens, daß alle nach dem Abschluß der auf Gattungen von Dingen gerichteten Versicherung angeschafften Gegenstände derselben Gattungen nicht mit hätten versichert sein sollen und auch wirklich nicht mit versichert gewesen seien, und zweitens, daß als Abschluß der Versicherung in concreto derjenige mit dem Phönix vom 28. Mai 1854 in Betracht komme, so daß alle Gegenstände einer versicherten Gattung, welche beim Abschluß der gegenwärtigen Versicherung schon vorhanden gewesen, dann nicht von der Versicherung betroffen worden seien, wenn der Beklagte sie erst nach dem 28. Mai 1854 angeschafft habe. Nun hat freilich

a. der Beklagte in der Untersuchung, nachdem er hatte einräumen müssen, daß unter den nicht angegebenen Sachen sich auch Gegenstände der hier in Rede stehenden Kategorie befänden, nemlich das Kinder-Bettzeug und ein Theil des Kinderzeugs, kein Bedenken getragen zu behaupten, der Klägerin in jenem Glauben die Aufgabe der geretteten Sachen gemacht zu haben, wie er denn auch im gegenwärtigen Processe in seiner Vernehmlassung behauptet hat, diese Ansicht bona fide gehegt zu haben, was gleichmäßig in der Duplik festgehalten worden ist. Allein schon in der Vernehmlassung zweiter Instanz auf die Appellation der Klägerin hat der Beklagte diesen Punkt ganz mit Stillschweigen übergangen und in der seinseitigen Appellation an das O.-A.-Gericht eine über den fraglichen Punkt bona fide gehegte Meinung gar

nicht mehr behauptet, sondern nur die Meinung vertreten, daß die nach Abschluß der gegenwärtigen Versicherung angeschafften Mobilien nicht unter die Versicherung fielen. In der Beantwortung auf die Beweisantretung der Klägerin erklärte er sich denn auch nur dahin, er müsse durchaus dabei verbleiben, daß er bei der Aufgabe der geretteten Sachen bona fide der Ueberzeugung gewesen, „daß er sich diejenigen Gegenstände nicht brauche abziehen zu lassen, die er nach der abgeschlossenen Versicherung (worunter unzweifelhaft die mit der Klägerin geschlossene gemeint war) und kurz vor der Reise angeschafft habe," in welchem Sinne er „sich auch gegen seine Freunde geäußert habe."

Der Beklagte scheint aber sehr wohl die Folgen erkannt zu haben, welche dies Aufgeben seiner früheren Behauptungen hinsichtlich des verschwiegenen Kinderbettzeugs und Kinderzeugs haben werde. Hieraus erklärt es sich, daß er jene Folgen dadurch abzuwenden gesucht hat, daß er, im Widerspruch mit seinen früheren Zugeständnissen, jetzt behauptet, diese Gegenstände seien sämmtlich erst nach Abschluß der gegenwärtigen Versicherung angeschafft worden. Er hat nemlich den 8. Artikel dahin gerichtet, „die Zeugen sollten bewahrheiten, daß er, Beklagter, speciell des Kinderzeugs und Kinderbettzeugs als solcher Sachen erwähnt habe, welche erst nach Abschluß der Versicherung angeschafft worden seien, und welche eben deshalb seines Erachtens die Klägerin gar nicht angingen, ihr also als gerettet nicht aufgegeben zu werden brauchten." — Daß hier unter „Abschluß der Versicherung" die mit der Klägerin geschlossene gemeint sei, was schon die ersten Richter mit Grund angenommen haben, hat der Beklagte in dieser Instanz ausdrücklich eingeräumt, indem er theils die Beweiskraft seiner abweichenden Angaben in der Untersuchungssache, als nur außergerichtlicher Geständnisse, zu schwächen, theils sie — freilich ohne die Möglichkeit irgend welchen Erfolges — mit seiner jetzigen neuen Behauptung in Einklang zu bringen sich bemüht. Es steht ihm aber hiebei entscheidend entgegen, daß er jene in der Untersuchung hin-

sichtlich des Kinderzeugs und Kinderbettzeugs gemachte Angaben, wie bemerkt, Anfangs selbst in dem gegenwärtigen Processe noch festgehalten hat. Auch liegt es am Tage, daß, da der Beklagte zur Zeit der Feuersbrunst bereits zwei Kinder hatte und damals noch kein volles Jahr bei der Klägerin versichert war, jedenfalls ein Theil der fraglichen Gegenstände schon beim Abschluß der gegenwärtigen Versicherung vorhanden gewesen sein muß.

Abgesehen hievon ist aber auch

b) hier das entscheidend, daß der Beklagte darüber, wann er die im Art. 8 enthaltenen Aeußerungen gegen die Zeugen gethan habe, gar keinen Beweis angetreten hat, indem der Art. 5 — der einzige, welcher auf die Zeit der beklagtischen Aeußerungen gerichtet ist — ausdrücklich nur auf die in Art. 3 und 4 berührten Aeußerungen geht.

Hiernach kann jedenfalls kein Bedenken darüber bestehen, hinsichtlich des Kinderzeugs und Kinderbettzeugs den Beweis der mala fides als geführt und durch keinen Gegenbeweis geschwächt oder aufgehoben anzunehmen. Und schon hievon ist die Wiederherstellung des Erkenntnisses erster Instanz eine nothwendige Folge, so daß es darauf, wie die Beweisfrage in Betreff der Kategorieen 1 und 2 zu beurtheilen sei, nicht einmal ankommen kann.

Lübeck. 69.

Strafsache wider den **C. G. M. Gottschalck** und die **J. C. W. Buck** genannt **Gottschalck** zu Lübeck wegen Betrugs, Versuchs des Betrugs und **Urkundenfälschung**, resp. Theilnahme an der **Urkundenfälschung**.

1) Die Bestimmung im § 17 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 17. December 1860:

„zum Richter darf niemand erwählt werden, dessen Vater, Sohn, Vollbruder, Halbbruder, Stiefvater, Stiefsohn,

Schwiegervater oder Schwiegersohn bereits Richter oder Staatsanwalt ist" — — —

ist nicht analog auf den Actuar auszudehnen.

2) Zur Interpretation des § 213 Abs. 2 des Strafgesetzbuchs vom 20. Juli 1863:

„Unter Urkunde (bei der Urkundenfälschung) ist jede Schrift zu verstehen, welche zum Beweise von Verträgen, Verfügungen, Verpflichtungen, Befreiungen oder überhaupt von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist."

Die oben genannten Angeschuldigten wurden neben mehreren anderen Personen durch Erkenntniß des Stadt- und Landgerichts vom 11. Juli 1865 verurtheilt, und zwar der Angeschuldigte Gottschalck wegen mehrerer Fälle des Betrugs und versuchten Betrugs zu 15 Monaten Zuchthaus und zu 3 Jahren Stellung unter Polizeiaufsicht, die Angeschuldigte Buck genannt Gottschalck zu 4 Wochen Gefängniß. Das verbrecherische Treiben der Angeschuldigten bestand darin, daß sie von verschiedenen Mannspersonen, welche sich mit liederlichen Frauenzimmern eingelassen hatten, durch Vorspiegelung unwahrer Thatsachen nicht unbeträchtliche Summen erschwindelten.

Das Obergericht äußert sich hierüber in seinem Erkenntnisse vom 28. Juli 1865:

In der Sache selbst konnte es zunächst keinem Bedenken unterliegen, den Angeschuldigten Gottschalck der ihm zur Last gelegten Betrügereien, nemlich in Beziehung auf den X. N. ꝛc. des vollendeten Betruges zum Gesammtbetrage von mindestens 220 ℔, sowie in Beziehung auf den Y. des versuchten Betruges für überführt anzunehmen. Insbesondere mußte in allen diesen Fällen, auf Grund der stattgehabten Verhandlungen, namentlich der beeidigten Zeugenaussagen, einerseits eine Täuschung jener Personen durch Gottschalck und andererseits der Dolus des Letzteren als erwiesen betrachtet werden.

Anlangend sodann die Urkundenfälschung war vorzugsweise die unterm 26. Januar 1865 ausgefertigte, mithin

nach dem neuen Strafgesetzbuche vom 20. Juli 1863 zu beurtheilende Anlage № 51 in Betracht zu ziehen. Hinsichtlich dieser Schrift erschien es auch dem Obergericht nicht zweifelhaft, daß dieselbe als Urkunde im Sinne des § 213 des Str.-G.-B. anzusehen ist, da sie, wenngleich nicht als ein außergerichtliches Zeugniß, doch als eine für den Beweis nicht unerhebliche Befreiungsacte von Ansprüchen sich darstellt.

(Das Stadt- und Landgericht hatte in letzterer Beziehung ausgeführt:

„Unerheblich ist das Bedenken, daß die fragliche Urkunde den fingirten (in derselben genannten) Personen gegenüber irgendwelche Bedeutung nicht haben könne, da der Charakter einer Schrift als Urkunde objectiv zu beurtheilen ist,

Hahn, Commentar zum Preuß. Straf-G.-B., Note 601.

und, wie das Obertribunal in Berlin anerkannt hat,

Oppenhoff, das Straf-G.-B. für den Preuß. Staat § 247 Note 38 u. 40,

auch die Unterschriften fingirter Personen den Thatbestand der Urkundenfälschung erbringen können. Die stilistische Abfassung der vorliegenden Schriftstücke ist zwar eine sehr mangelhafte, aber der Sinn doch erkennbar genug, um als ein außergerichtliches Zeugniß der unterzeichneten Personen auch vor Gericht immerhin von einigem Werthe zu sein.")

Die gegen das obergerichtliche Erkenntniß ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde wurde durch Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 5. Octbr. 1865 als unbegründet verworfen.

Entscheidungsgründe.

A. Die formelle Statthaftigkeit der von den beiden Angeschuldigten wider das Erkenntniß des Obergerichts vom 28. Juli 1865 erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden war nicht zu beanstanden. Denn beide Beschwerden sind innerhalb der im § 255 der Strafproceßordnung vom 26. Novbr. 1862 vorgeschriebenen zehntägigen Frist und in der daselbst angeordneten Form unter bestimmter Bezeichnung der geltend gemachten Nichtig-

keitsgründe im Actuariate des Obergerichts zu Protocoll angemeldet worden, und kann es jedenfalls den Querulanten nicht zum Nachtheile gereichen, daß die bezüglichen Protocolle nicht von einem Actuar oder Protocollführer, sondern von dem Kanzleibeamten Beythien aufgenommen sind, dessen Qualification als Protocollführer nicht ersichtlich ist. Auch steht dem ersten vom Angeschuldigten Gottschalck aus der angeblich gesetzwidrigen Besetzung des Strafgerichts erster Instanz hergeleiteten Nichtigkeitsgrunde nicht entgegen, daß derselbe sich auf ein früheres Verfahren bezieht. Denn Gottschalck hat diesen Grund schon bei seiner Appellation gegen das Erkenntniß erster Instanz, also rechtzeitig geltend gemacht. Da derselbe aber durch das Erkenntniß zweiter Instanz nicht gehoben wurde, so ist die wiederholte Geltendmachung dieser Nichtigkeit in jetziger Instanz nach § 252 der Strafproceßordnung für zulässig zu halten.

B. Waren hiernach die erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden zwar für formell statthaft zu erachten, so mußten dieselben doch als gänzlich unbegründet verworfen werden.

I. Anlangend die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeschuldigten Gottschalck, so stützt er dieselbe auf zwei Gründe:

1) die gesetzwidrige Besetzung des Strafgerichts erster Instanz in der Hauptverhandlung vor dem Stadt- und Landgerichte (§ 251 № 1 der Strafproceßordnung) und

2) falsche Anwendung des Strafgesetzes auf die festgestellten Thatsachen (§ 251 № 4. litt. b. ibidem).

Ad. 1. Die gesetzwidrige Besetzung des Strafgerichts soll darin liegen, daß mit und neben dem Dr. Wilhelm Brehmer als stellvertretendem Richter dessen Vollbruder der Dr. Adolf Brehmer als stellvertretender Protocollführer bei der Hauptverhandlung vor dem Stadt- und Landgerichte fungirt hat. Aber es ist hierin ein Mangel in der Besetzung des Gerichts nicht zu finden. Denn der § 32 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 17. December 1860 schließt den Actuar oder Protocollführer nur dann von der Ausübung seines Amts aus, wenn er selbst oder seine Ehefrau an der Sache

Theil hat oder mit einer der Parteien in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist, und während das Gesetz im § 31 wesentlich dieselben Unfähigkeitsgründe rücksichtlich des Richters aufführt, fügt es in Betreff des letzteren im § 17 noch die Bestimmung hinzu, daß niemand zum Richter erwählt werden dürfe, dessen Vater, Sohn, Vollbruder 2c. bereits Richter oder Staatsanwalt sei, und wiederholt, unter Verweisung auf den § 17, diese Bestimmung ausdrücklich hinsichtlich der kaufmännischen Richter und der stellvertretenden Richter im § 30, nicht aber hinsichlich des Actuars oder Protocollführers. Hieraus folgt, daß, wenn auch die gleichen Verwandtschafts= und Schwägerschafts=Verhältnisse zu den Parteien den Richter und den Actuar zur Verwaltung seines Amts unfähig machen, und wenn auch, wenigstens in den meisten Fällen, die gleichen Gründe zur Ablehnung des Richters und des Actuars berechtigen (§ 5 der Strafproceßordnung), doch eine wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden statuirt wird, wo es sich um die Statthaftigkeit der Amtsausübung handelt, insoweit beide als Mitglieder des Gerichts in Betracht kommen, eine Verschiedenheit, die ihren guten Grund in der durchaus nicht mit einander zu vergleichenden Stellung des Richters und Actuars bei der Aburtheilung der Sachen hat. Das Gesetz will nicht, daß zwei nahe verwandte oder verschwägerte Richter bei derselben Entscheidung thätig werden, weil dieses offensichlich zu den größten Inconvenienzen führen würde. Aber ganz anders steht der Actuar, dem wesentlich nur die glaubwürdige Aufzeichnung der Verhandlungen obliegt, der Dijudicatur der Sachen gegenüber. Eben diese wesentlich verschiedene amtliche Stellung des Richters und des Actuars macht es unzulässig, die Bestimmungen des § 17 cit. analog auf den Actuar anzuwenden und eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Beschränkung bei Ernennung der Actuare in das Gesetz hineinzutragen. Die Ernennung des Dr. Adolf Brehmer zum stellvertretenden Protocollführer war demnach eine durchaus ordnungsmäßige.

Ad 2 Den zweiten Nichtigkeitsgrund findet der Angeschuldigte Gottschalck zunächst

a) darin, daß es an dem Thatbestande eines Delicts fehle, so daß eine Strafe wegen gesetzlich strafloser Handlungen ausgesprochen worden.

Was die zur Frage kommenden Fälle des vollendeten Betrugs und des versuchten Betrugs betrifft, so bedarf es für die Beurtheilung des eben erwähnten Nichtigkeitsgrundes eines näheren Eingehens auf das von den bisherigen Richtern als feststehend angenommene Thatsächliche nicht. Denn das Obergericht spricht sich in den Entscheidungsgründen zu seinem Erkenntnisse ausdrücklich dahin aus, daß in allen diesen Fällen einerseits eine Täuschung der Betheiligten durch Gottschalck und andererseits der Dolus des letzteren als erwiesen betrachtet werden müsse. Da nun der Angeschuldigte den bezüglichen Theil seiner Beschwerde bloß darauf gründet, daß es an der Täuschung und resp. dem Dolus fehle, diese ganz unbestimmt hingestellte Behauptung aber das von dem Obergerichte angenommene Beweisresultat zu alteriren nicht geeignet ist, so ergiebt sich die Verwerflichkeit dieses Theils der Beschwerde von selbst.

Auch der Thatbestand der Urkundenfälschung ist, der Aufstellung des Angeschuldigten entgegen, in Betreff der allein noch in Betracht kommenden Anlage 51 als vorhanden anzuerkennen. Das Erkenntniß des Stadt- und Landgerichts hat hierüber in seinen Gründen schon die richtigen Gesichtspunkte hervorgehoben, welche namentlich hinsichtlich der Anlage 51 zutreffend erscheinen. Zum Thatbestande der Urkundenfälschung ist auch nach den Vorschriften des § 213 des Strafgesetzbuchs nur erforderlich, daß die Urkunde, wenn sie echt wäre, als Beweismittel über Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt in Betracht kommen kann, mit andern Worten, daß sie für die Rechtsverhältnisse der Betheiligten von Erheblichkeit ist. Auf den Grad der Erheblichkeit legt das Gesetz überall kein Gewicht. Konnte die Anlage 51 nur irgendwie zum Beweise, wenn auch nur in untergeordnetem Maße

dienlich sein, so ist sie immer noch als eine Urkunde anzusehen. Für den Kaufmann X. aber war es allerdings nicht ohne alles Interesse, eine schriftliche Erklärung (wenn auch in ziemlich mangelhafter Form) des Inhalts zu besitzen, wie ihn die Anlage 51 ergiebt, da dieselbe ihn gegen etwaige weitere Prätensionen der Aussteller einigermaßen zu sichern geeignet war.

b) Eventuell vermeint der Angeschuldigte Gottschalck, es liege insofern eine Nichtigkeit vor, als die erkannte Strafe weder ihrer Gattung nach den Bestimmungen des auf die That anwendbaren Gesetzes entspreche, noch ihrer Dauer und Größe nach innerhalb des gesetzlichen Minimal- und Maximal-Strafsatzes sich halte. Die bisherigen Richter aber haben mit gutem Grunde bei der Ausmessung der Strafe für die Betrugsfälle alles in Berechnung gebracht, was Gottschalck bei Gelegenheit dieser Delicte allein, und zugleich das, was er für sich und seine Complicen empfangen hat, da in ersterer Beziehung auch das für seine angebliche Vermittelung Bezahlte als von ihm durch den Betrug erzielter Gewinn erscheint und in letzterer Beziehung die mehreren bei einem Delicte Betheiligten den Gesammterfolg solidarisch zu vertreten haben. Da sich sonach der betrügerische Gewinn für Gottschalck auf einen über 200 ₰ hinausgehenden Betrag herausstellt, so war nach § 178 Abs. 2 und § 207 des Strafgesetzbuchs die Strafe innerhalb des Maximum von fünfjährigem Gefängniß oder Zuchthaus zu bestimmen, und durfte, wenn Zuchthausstrafe ausgesprochen wurde, zugleich auf Stellung unter Polizeiaufsicht erkannt werden. Mithin ist die Strafe sowohl ihrer Gattung nach dem Gesetze gemäß festgestellt, als auch innerhalb des gesetzlichen Strafmaßes bestimmt.

II. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Angeschuldigten Buck, genannt Gottschalck, welche sie auf Grund des § 251 № 4 litt. b der Strafproceßordnung erhebt, weil sie gegen die Bestimmung des Strafgesetzbuchs wegen Betrugs resp. versuchten Betrugs und Urkundenfälschung zu vierwöchigem Gefängnisse verurtheilt sei, ist zunächst dem ergangenen Erkenntnisse

zuwider, insofern sie sich über eine Verurtheilung we[gen] Betrugs und versuchten Betrugs beschwert, da sie überall wegen ihrer Theilnahme an der Urkundenfälschung verurth[eilt] worden ist. Da nun bereits ausgeführt worden, daß [hin]sichtlich der Anlage 51, bei deren Herstellung gerade die [...] mitbetheiligt ist, der Thatbestand der Fälschung vorhan[den,] so ergiebt sich zugleich die Grundlosigkeit der von der [...] erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde.

---

70. Frankfurt.

Baptiste Olszewsky aus Straßburg, Kläger, wid[er] **Julius August Wolf** in Frankfurt, Beklagte[n,] Ehrenkränkung betreffend.

Competenz des Oberappellations-Gerichts i[n] Frankfurter Strafsachen.

Erkenntniß des Oberappellations-Gerichts vom 12. October 1865.

Da Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse des Ap[-]pellationsgerichts auch in den vor dem Zuchtpolizeigerich[t] verhandelten Privatklagesachen noch zur Zeit nicht an d[as] Oberappellations-Gericht, sondern an die provisorisch v[om] Hohen Senate bezeichneten Spruchcollegien gehören,

Gesetz über das Verfahren in Strafsachen Art. 13.

so erkennt das O.-A.-Gericht der vier freien Städte Deutsch[-]lands für Recht:

daß die gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 16. Juni d. Js. hieselbst angebrachte Nichtigkeitsbeschwerde, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Querulanten in die Kosten der[-]selben, als nicht anher erwachsen zurückzuweisen sei.

Lübeck. 71.

Julius Caesar Roger Block in Firma **J. C. Block** in Danzig, Kläger, wider den **See-Assecuranz-Verein** von 1838 in Lübeck, Beklagten, Beitrag zur Havariegrosse betreffend.

1) Wenn auch nach § 87 des rev. allg. Plans Hamburgischer Seeversicherungen der Versicherer sich darauf nicht berufen kann, daß die auswärts ordnungsmäßig aufgenommene Dispache gegen das am Orte der Dispachirung geltende Recht aufgemacht worden, so ist dadurch doch der Versicherte nicht der Verpflichtung überhoben, auch die von autorisirten Personen aufgemachten Dispachen insoweit zu prüfen, als dies durch einen gewöhnlichen Geschäftsmann ausführbar ist.

Vergl. jetzt D. H.-G.-B. Art. 841.

2) Der Versicherte ist verpflichtet, von jedem Unfalle, der auf die abgeschlossene Versicherung Einfluß haben kann, den Versicherer thunlichst bald zu benachrichtigen. Besondere Anzeigepflicht nach § 113 des allgemeinen Hamburger Plans.

3) Die Versäumung der rechtzeitigen Anzeige hat nicht den Verlust der Rechte des Versicherten aus der Versicherung zur Folge, sondern berechtigt den Versicherten nur, von der Schadenssumme soviel in Abzug zu bringen, als der Schadensbetrag bei rechtzeitiger Anzeige sich abgemindert haben würde.

Vergl. jetzt D. H.-G.-B. Art. 822.

4) Der Dispacheur ist nach Aufmachung der Dispache nicht mehr befugt, dieselbe ohne Zustimmung sämmtlicher Interessenten abzuändern.

5) Die im § 136 des allg. Hamb. Plans bestimmte Zahlungszeit hat nicht die Bedeutung eines dies certus für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Versicherers in dem Sinne, daß dieser dies die Mahnung ersetzte.

Rechtsfall. Kläger ließ beim Beklagten eine Ladung Salz in dem Preußischen Schiffe „Stadt Frankfurt a. d. O." taxirt 335 £ für 250 £ nach den Bedingungen des revidirten allgemeinen Plans Hamburgischer Seeversicherungen mit der Clausel „frei von Beschädigung ausgenommen im Strandungsfall" für die Reise von Liverpool nach Danzig gegen 4 % Prämie versichern. Auf dieser Reise stieß das Schiff Stadt Frankfurt am 6. December 1861 mit der Preußischen Brigg „Friderike Wilhelmine" zusammen, so daß sich der Capitain genöthigt sah, Wingasund anzulaufen, um sich von da mit einem Dampfschiffe nach Gothenburg bugsiren und an letzterem Orte das Schiff repariren zu lassen. Die Ladung Salz mußte gelöscht werden und wurde resp. am 2. Januar und 20. März 1862 in öffentlicher Auction verkauft, da sich inzwischen ergeben hatte, daß die Weiterbeförderung auch des anfangs für unbeschädigt gehaltenen Theils der Ladung unthunlich sei. Ueber den gesammten Schaden an Schiff und Ladung wurde am 24. Mai 1862 von dem für Gothenburg bestellten Dispacheur nach den Grundsätzen der gemeinschaftlichen Havarie Dispache aufgemacht und der Beitrag der Ladung auf 2116 ℛ︁ 77 Öre berechnet. Kläger fordert nun vom Beklagten auf Grund der abgeschlossenen Versicherung die Zahlung der Schadenssumme von 1482 ℳ︁ 7 ß Cour. nebst 6 % event. 5 % Zinsen vom 2. Sept. 1862 — am 2. Juli 1862 hatte er den Beklagten den Schaden andienen lassen — event. vom Klagtage an ref. exp. — Beklagter excipirte: 1) Kläger habe die Anzeige des Schadens erst am 2. Juli 1862 gemacht. Diese Verabsäumung seiner Verpflichtungen habe zur Folge gehabt, daß die Dispache den in Schweden geltenden gesetzlichen Bestimmungen entgegen aufgemacht sei und drei bestimmt hervorgehobene (in den unten abgedruckten Entscheidungsgründen zum Urtheil des O.-A.-Gerichts näher angegebene) Fehler habe. 2) Kläger könne sich auf § 87 des allg. Plans nicht berufen, da er die rechtzeitige Benachrichtigung des Beklagten unterlassen habe und die nachgewiesenen Fehler der Dispache so auf der Hand lägen,

daß sie nur bei der größten Sorglosigkeit übersehen werden konnten. 3) Event. begehrt er Cession der Rechte des Klägers wider die Rhederei des Schiffs Stadt Frankfurt, und 4) müsse jedenfalls der auf den Kläger selbst entfallende Beitrag zur Vergütung des durch das Zusammenstoßen der Schiffe verursachten Schadens an der Ladung (41 ℔ 14 ß) abgezogen werden.

Das Niedergericht in seinem Urtheile vom 9. Januar 1864 erkannte den Einwand sub 4) als begründet an, condemnirte aber im Uebrigen den Beklagten zur Zahlung von 1440 ℔ 9 ß nebst Zinsen zu 6 % seit dem 2. Septbr. 1862 (gegen Cession der Rechte des Klägers wider das Schiff Stadt Frankfurt); die Kosten wurden zu 1/3 compensirt, in 2/3 der Beklagte verurtheilt.

Auf Appellation des Beklagten erkannte das Obergericht am 11. Mai 1864:

Es ist das Erkenntniß des Niedergerichts vom 9. Jan. d. Js. wieder aufzuheben und hat Beklagter innerhalb einer vom Handelsgerichte zu bestimmenden Frist, dem Kläger Gegenbeweis vorbehältlich, rechtlicher Art nach zu beweisen: daß, beziehungsweise wie und bis zu welchem Betrage der eingetretene Schaden der Versäumniß der dem Kläger nach § 113 des revidirten allgem. Planes Hamburgischer See-Versicherungen obliegenden Pflichten zuzuschreiben sei.

Die Kosten dieser Instanz werden gegen einander compensirt und aufgehoben, und wird in solcher Maße die Sache an die erste Instanz, nunmehr das Handelsgericht, zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Der Ansicht des Niedergerichts, daß nach § 87 des revidirten allgemeinen Planes Hamburgischer See-Versicherungen der Versicherer mit Einreden gegen Dispachen über Havariegrosse zum Nachtheil des Versicherten überall nicht gehört werden dürfe, konnte nicht beigepflichtet werden. Nach der

unter Voraussetzung dieser Ansicht allerdings richtigen Aus-
führung des Klägers auf S. 7—10 der Vernehmlassung
zweiter Instanz würde daraus folgen, daß unter dem Vor-
wande einer angeblichen Havariegrosse auf Grund einer hin-
ter den Rücken des Versicherers aufgemachten Dispache jede
beliebige Summe von ihm begehrt werden könnte, wofür ihm
durch die vorbehaltene Cession der Ansprüche des Versicher-
ten wider den durch die falsche Dispache lucrirenden Dritten
nur ein sehr zweifelhafter Ersatz geboten werden würde, wie
das namentlich der vorliegende Fall zeigt.

Der Kläger befindet sich nemlich im Irrthum, wenn er
auf S. 14 der Vernehmlassung zweiter Instanz meint: der
Rechtsweg stehe dem Versicherer auch jetzt noch offen, oder
wenn er verschlossen sei, so sei das eine Folge der Zögerung
des Beklagten, sich jura cessa zu verschaffen.

Die rechtliche Lage der Sache den Rhedern gegenüber
ist dadurch, daß der Kläger ihnen Zahlung geleistet hat, inso-
fern wesentlich verändert, als jetzt die geleistete Zahlung mit
der condictio indebiti zurückgefordert werden müßte. Aus
dem klägerischen Vortrage in Rec. VI. der Niedergerichts-
Acten ist ersichtlich, daß die Rhederei auch ihrerseits das
Casco versichert hat, daß ihr folglich die Erstattung der Repa-
raturkosten, soweit sie nicht als Havariegrosse von dem Klä-
ger zu erlangen war, als particulaire Havarie von ihrem
Versicherer zukam. Deshalb würde sie sich einer von einem
Cessionar des Klägers angestellten condictio indebiti gegen-
über vor Preußischen Gerichten mit Erfolg auf die vom ge-
meinen Rechte abweichende Bestimmung in

§ 180. Tit. 16. Thl I. des Allg. Landrechts, vgl. von Rönne
System des Preuß. Civilrechts 2. Ausgabe Bd. I. S. 432.

berufen können.

Diese Verschlimmerung der rechtlichen Sachlage ist ledig-
lich die Folge des Umstandes, daß der Kläger auf Grund
einer Dispache, deren Bedenklichkeit ihm nicht verborgen blei-
ben konnte, ohne vorherige Verständigung mit dem Versiche-
rer Zahlung geleistet hat.

Daß eine Interpretation des § 87, wonach der Versicherer sich dergleichen ohne Weiteres gefallen lassen müßte, und welche daher das Vermögen aller Versicherer zur schutzlosen Beute jedes Betrügers machen würde, nicht richtig sein kann für ein Statut, welches von den Versicherern selbst ausgegangen ist, scheint kaum der Erwähnung zu bedürfen. Sie ist auch nur dann möglich, wenn man den § 87 für sich allein betrachtet, anstatt nach Maßgabe der allgemeinen Interpretationsregel in

L. 24. D. de legibus

ihn in Verbindung mit allen anderen Bestimmungen des allgemeinen Planes, namentlich auch des § 38 aufzufassen, wie er von dem Verfasser dieses Planes in der auch schon von dem Niedergerichte citirten Abhandlung ausgelegt wird. Nach dieser, mit der Praxis des Hamburger Handelsgerichts und Obergerichts übereinstimmenden Auslegung

vergl. Neues Archiv für Handelsrecht Bd. I. S. 312. 318. 322. 324.

kann der Versicherer, wenn er eine mit der Dispache zusammenhängende culpa des Versicherten behauptet, auch eine Prüfung der Dispache verlangen.

Eines besonderen Studiums, dessen nach der Bemerkung auf S. 312 jener Abhandlung der Versicherte überhoben sein soll, bedurfte es im vorliegenden Falle nicht, um wenigstens die Zweifelhaftigkeit des der Dispache zum Grunde gelegten Rechtsprincips zu erkennen, weil der Dispacheur im Eingange der Dispache selbst hervorgehoben hatte, daß die von ihm angewendete Gesetzesstelle nur von der Vertheilung des Schadens über beide Schiffe und deren Ladungen rede. Dieser Umstand hätte bei nur einiger Sorgfalt den Versicherten auffordern müssen, vor Bezahlung des ihm auferlegten Beitrags weiteren Rath einzuholen und nicht ohne Verhandlung mit dem Versicherer vorzuschreiten.

Daß der Kläger durch Nichtbeachtung des § 113 sich einer culpa schuldig gemacht habe, ist schon vom Niedergerichte anerkannt und nur wegen vermeintlicher Unstatthaftigkeit einer Prüfung der Dispache und daraus abgeleiteter

Unmöglichkeit der Nachweisung eines dem Beklagten daraus erwachsenen Schadens für irrelevant erklärt. Der Kläger hat nun auch seine Verpflichtung zu der in § 113 vorgeschriebenen Anzeige bestritten und sieht sich dadurch auf S. 7—8 seiner Vernehmlassung zweiter Instanz genöthigt zu behaupten, daß bei einer wirklichen oder angeblichen Havariegrosse dem Versicherer keine Anzeige gemacht zu werden brauche.

Die Unrichtigkeit einer solchen Auslegung des § 113 ergiebt sich schon aus der Erwägung, daß der § 113 offenbar die Verhinderung der Einseitigkeit bei Schadens-Regulirungen bezweckt, solche Einseitigkeit aber nirgends gefährlicher ist als gerade bei Havariegrosse-Fällen, wo die Interessen des Schiffes und der Ladung einander entgegenstehen, diese daher um so leichter mißachtet werden können, wenn sie nicht am Orte der Regulirung einen von der Vertretung der Schiffs-Interessen unabhängigen Vertreter haben, der z. B. die aus einem Verkaufe der Ladung gelösten Gelder selbst einziehen und dadurch verhindern kann, daß der Commissionär des Schiffes den in einer die Ladungsinteressen verletzenden Dispache der Ladung auferlegten Beitrag bei Auskehrung der Gelder ohne Weiteres abzieht. Nur wenn dies verhindert wird, kann der Ladungseigner den Schiffer nöthigen, ihn bei seinem eigenen Gerichte zu verklagen und dort eine Prüfung der Dispache auf dem richtigen Wege zu veranlassen.

Der von dem Niedergerichte hervorgehobene Mangel eines ausdrücklich vereinbarten Präjudizes für den Fall einer Nichterfüllung der in § 113 vorgeschriebenen Anzeigepflicht verweist den Richter auf die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts für den Fall der Versäumung einer Handlung, zu der man verpflichtet war. Diese Grundsätze entwickeln sich als Consequenzen aus einem logischen Satze, den

von Savigny, System Bd. VI. S. 185

so ausdrückt: „der Beweis, daß (man) unter einer gewissen (jetzt fehlenden) Voraussetzung etwas gethan haben würde, ist schon an sich als eigentlicher Beweis unmöglich," — —

Aus diesem Satze wird von dem genannten Schriftsteller auf S. 184—191 und von

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. III. S. 191

unter Berufung auf

L. 14. § 11 cf. D. Quod metus causa (IV. 2)
L. 20. § 21. L. 40 pr. D. de hered. petit. (V. 3.)
L. 15. § 3. D. de rei vindic. (VI. 1.)
L. 47. § 6. D. de legatis I. (XXX)

entwickelt: daß die bloße Möglichkeit des Verkaufs einer zu rechter Zeit gelieferten und später untergegangenen Sache genügt, um denjenigen, welcher seine Lieferungspflicht versäumt hat, zur Vergütung des wahren Werthes zu verpflichten. Nach demselben Grundsatze wird in

L. 8. § 8 und L. 29 pr. D. mandati (XVII. 1.)

derjenige, welcher für fremde Rechnung eine Zahlung geleistet hat, ohne von den dagegen zuständigen Rechtsmitteln Gebrauch zu machen, ohne Weiteres für den Betrag verantwortlich erklärt, kann also nicht erst den Beweis verlangen, daß die Rechtsmittel, wenn sie gebraucht wären, auch Erfolg gehabt hätten, wie denn auch

Hasse, culpa ed. Bethmann-Hollweg S. 86

sagt: „Alle culpa hat es mit einer Gefahr zu thun, welche durch Fleiß und Aufmerksamkeit vermieden werden kann."

Es ist nur eine Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts auf das Assecuranz-Verhältniß, wenn es bei

Benecke, System des See-Assecuranz- und Bodmerei-Wesens, ed. Nolte Bd. II. S. 828

über den § 113 heißt:

„Versäumt der Versicherte, die über einen Unglücksfall eingegangenen Nachrichten seinem Versicherer mitzutheilen, so macht er sich gegen denselben für allen Schaden verantwortlich, der durch bessere Vorkehrungen, als er selbst angewandt, würde haben vermieden werden können."

Eine bloße Möglichkeit versteht sich, wie

von Savigny l. c. S. 190

sagt, „im Allgemeinen von selbst, und nur in den seltenen Fällen, wo der (Gegner) beweist, daß die Möglichkeit nicht vorhanden war, fällt auch die durch sie begründete Verpflichtung zur Entschädigung hinweg."

Hieraus scheint zu folgen, daß es in Rücksicht auf die unten zu erwähnenden, in den actenmäßigen Thatsachen liegenden verschiedenen Möglichkeiten eines anderen Ausganges, welchen die Schadensregulirung hätte nehmen können, wenn der Versicherte die nach § 113 ihm obliegende Pflicht erfüllt hätte, eines Beweises überall nicht mehr bedürfte, sondern jetzt gleich auf Grund der ersten Beschwerde die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden müßte. In der That würde viel für ein solches Erkenntniß sprechen, wenn der Beklagte selbst alle unten zu erwähnenden, in den Acten liegenden Möglichkeiten bestimmt hervorgehoben hätte und die Sache dann in Betreff derselben nicht anders läge, als jetzt. Bei der Art und Weise der beklagtischen Proceßführung aber ist eine solche gehörige Vorbereitung der Sache bis jetzt unterblieben. Dadurch ist freilich eine Berücksichtigung jener übersehenen Momente nicht ganz unmöglich geworden, indem das zur Sicherung der Partei-Interessen in solchen Fällen auf Grundlage von

L. 66. D de judiciis (V. 1)
L. unica C. Quae desunt advocatis partium, ut judex suppleat (II. 11.)
c. 6 X. de judiciis (II. 1.)

ausgebildete officium judicis suppletorium das Recht und die Pflicht des Richters zu allen Schlußfolgerungen und Combinationen in sich schließt, welche sich aus dem thatsächlichen Inhalt der Acten in Verbindung mit juristischen Wahrheiten ergeben und deren praktische Consequenzen innerhalb der Grenzen der von den Parteien gestellten Anträge liegen, wenn es auch versäumt sein sollte, auf die dadurch sich ergebenden Gesichtspunkte hinzuweisen.

Vergl. Martin, Vorlesungen Bd. I. S. 383.
Glück, Commentar Bd. III. S. 629.

Dagegen mußte es um jener Versäumnisse willen bedenklich erscheinen, schon jetzt ein Endurtheil abzugeben.

Zunächst war hierbei die Rücksicht auf den Kläger maßgebend, welcher da, wo um seiner culpa willen seinem Gegner die bloße Möglichkeit eines anderen Ausganges zu Gute kommt, seinerseits das Recht hat, die Unmöglichkeit zu beweisen.

Vergl. von Savigny l. c. S. 188—190.

Nun hat in der That der Kläger die Unmöglichkeit eines anderen Ausganges mehrfach behauptet, sich aber dabei nicht auf thatsächlicher Basis, sondern nur in allgemeinen Argumentationen bewegt. Er konnte kaum anders, weil man auf der Gegenseite es unterlassen hatte, die verschiedenen für den Beklagten sprechenden Eventualitäten so bestimmt hervorzuheben, daß der Kläger seine Behauptung der Unmöglichkeit an denselben gehörig hätte specialisiren können.

Dazu kommt, daß theilweise noch nähere factische Aufklärungen wünschenswerth oder nöthig sind, wie solches unten im Einzelnen hervorgehoben werden wird.

Unter diesen Umständen war so zu verfahren, wie nach einem anticipirten Beweise, der nicht nach allen Seiten hin zu vollständiger Aufklärung der Sache geführt hat. In einem solchen Falle wird weder bloß Gegenbeweis freigelassen, noch ein nothwendiger Eid aufgelegt, sondern einfach auf Beweis interloquirt, dem Beweisführer aber freigelassen, sich der bereits in den Acten liegenden Momente mit zu bedienen.

Vergl. Bayer, Vorträge über den Civilproceß 8. Auflage S. 757—758.
Martin, Vorlesungen Bd. II. S. 184—185.
Entscheidungen des O.-A.-Gerichts in Frankf. Sachen, Römersche Sammlung Bd. IV. S. 52.

Diese Momente waren nun im Folgenden unter Darlegung ihrer Relevanz einzeln hervorzuheben und dabei zur Erläuterung der allgemeinen Fassung des Beweissatzes den Parteien dasjenige zu bezeichnen, was nach der einen oder der anderen Seite hin von ihnen zur factischen Aufklärung annoch beizutragen sein würde.

1) Das in Gothenburg beobachtete Verfahren stellt sich dar als ein Bild sorgfältiger Fürsorge für das Schiff. Es ist aber nirgends in den Acten auch nur eine Andeutung

davon enthalten, daß dort irgend ein von der Vertretung des Schiffes unabhängiger Mann sich um die *Ladung* bekümmert hätte.

Der Mann, welcher durch sein Amt als preußischer Consul zu einer unparteiischen Stellung berufen gewesen wäre, wird im Eingange der Dispache als *Commissionär* des *Schiffes* bezeichnet, und *gegen* die Anwesenheit eines von dem Schiffer unabhängigen Vertreters der Ladungs-Interessen in Gothenburg spricht der Umstand, daß in dem ad Rec. VI. zu den Acten gebrachten Packete von Rechnungen die nur auf die *Ladung* bezüglichen № 3, 7, 10, 11, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 27 von dem *Schiffer* unterzeichnet sind.

2) Die Entscheidungsgründe des niedergerichtlichen Urtheils haben richtig bemerkt, daß die Clausel „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" eine Haftung des Versicherers der Ladung für Havariegrosse nicht ausschließt. In allen Fällen der Havariegrosse ist derselbe daher bei gehöriger Vertretung der Ladung interessirt. Da nun hier die Kosten der Bugsirung des Schiffes nach Gothenburg jedenfalls Havariegrosse waren, so wäre nach der vom Ladungseigner seinem Versicherer gemachten Anzeige die nächste und natürlichste Maßregel gewesen, sich über sofortige Vertretung der Ladungsinteressen in Gothenburg zu verständigen. Das konnte, da das Schiff am 9. Decbr. 1861 in Gothenburg angekommen war, anscheinend bis zum 23. Decbr. geschehen sein, an welchem Tage nach Inhalt der Dispache die erste Besichtigung der Ladung statt fand. Diese Besichtigung ergab gleichfalls nach Inhalt der Dispache, daß damals 3300 Tonnen Salz, d. h. fast drei Viertheile der Ladung, unbeschädigt waren.

Der Kläger hat auf S. 6 der Vernehmlassung zweiter Instanz richtig bemerkt, daß der nächste Zweck einer Verständigung zwischen dem Ladungseigner und seinem Versicherer die *Erhaltung* und *Weiterbeförderung* der unbeschädigten Güter sei. Wenn ein in Gothenburg bestellter Ve

treter demnach zu solchem Zwecke die einstweilige Lagerung der unbeschädigten 3300 Tonnen Salz mit gehöriger Sorgfalt überwacht hätte, so ist es wenigstens möglich, daß die zweite Besichtigung am 12. März 1862 ein anderes Resultat geliefert hätte. Bei dieser Besichtigung wurde nach Inhalt der Dispache „in Erfahrung gebracht, daß, da das Salz beim Einbringen mit nassem vermischt gewesen war, viel davon in den Magazinen geschmolzen war," und um dieser Wahrnehmung willen ward von den Sachverständigen der schleunigste Verkauf des Salzes angerathen, und die Folge dieses Verkaufes war es nach § 86 i. f. des Planes, daß die Dispache in Gothenburg aufgemacht werden mußte. Wären dagegen in Folge sorgfältiger Ueberwachung der Lagerung von Seiten eines Vertreters der Ladung die 3300 Tonnen am 12. März 1862 noch unbeschädigt gefunden worden, so wäre durch das Connossement deren Wiedereinschiffung und Weiterbeförderung nach Danzig geboten gewesen und es hätte dann nach § 86 initio des Planes die Dispache in Danzig aufgemacht werden müssen.

Dort aber hätte weder nach preußischem Landrechte,

> vergl. §§. 1912, 1914, 1915, 1928. Tit. 8. Thl. II. des preuß. Landrechts,

welches bis zum 1. März 1862 daselbst galt, noch nach dem seit dem 1. März 1862 an dessen Stelle getretenen

> Deutschen Handelsgesetzbuche Art. 736—741

von einem Beitrage der Ladung zu dem bloß durch die Uebersegelung entstandenen Schaden auch nur die Rede sein können.

In Betreff dieser beiden Punkte würde der jetzige Inhalt der Acten, wenn Beklagter sich zur Antretung seines Beweises nach solcher Richtung hin nur darauf berufen sollte, an sich und abgesehen von etwaniger Gegenbeweisführung des Klägers, zu einem für den Beklagten günstigen Erkenntnisse genügen, und dem Beklagten würde nur obliegen, in Zahlen darzulegen, wie groß der durch solche culpa des Klägers entstandene Schaden sei. Zu solchem Zwecke würde er auch

die Edition der Verklarung und der in Gothenburg aufgenommenen Besichtigungs-Documente zu erwirken haben, ohne welche Actenstücke sich nicht beurtheilen läßt: ob und in wie weit außer den Kosten der Bugsirung des Schiffes nach Gothenburg auch das bei der Collision stattgefundene Kappen als wirkliche Havariegrosse anzusehen sei.

Die Aufgabe der klägerischen Gegenbeweisführung dagegen würde es sein, darzuthun:

daß und wie er für eine von dem Schiffer und seinem Commissionär unabhängige Vertretung der Ladungs-Interessen in Gothenburg rechtzeitig gesorgt habe,

so wie:

daß und weshalb auch durch solche Fürsorge die jetzt eingetretene Wendung der Sache zu vermeiden unmöglich gewesen wäre:

3) Gesetzt aber, es hätte sich aller Sorgfalt des bestellten Ladungsvertreters ungeachtet das gelagerte Salz doch am 12. März 1862 beschädigt gefunden, oder es hätte aus Gründen kaufmännischer Conjunctur der Verkauf desselben in Gothenburg sich empfohlen und deshalb dort die Dispache aufgemacht werden müssen, so wäre es zunächst die Aufgabe des Ladungsvertreters gewesen, durch Verhandlungen mit dem Dispacheur für eine richtige Grundlage der Dispache zu sorgen.

Die klägerische Meinung, daß ein solches Benehmen mit dem Dispacheur unzulässig sei, steht im Widerspruche mit den Worten des § 113 des Planes:

„und wenn es nöthig erachtet würde, in Gegenwart des „Dispacheurs,"

welche eine solche Verhandlung sogar empfehlen. Die Bemerkung eines erfahrenen kaufmännischen Schriftstellers, daß Vereinbarungen über Aufmachung einer Havariegrosse nach anderen, als den Gesetzen des Bestimmungsplatzes, in der Praxis mitunter vorgekommen,

vergl. Tecklenburg, System des See-Versicherungswesens. Bremen 1862. S. 232.

läßt erkennen, daß nach dem Handelsgebrauche gerade die rechtliche Grundlage der Dispache als ein angemessener Gegenstand solcher Verhandlungen mit dem Dispacheur betrachtet wird. Wenn nun im vorliegenden Falle ein Ladungsvertreter von dem Gothenburger Dispacheur begehrt hätte, alle nur als unmittelbare Folge der Collision sich darstellenden Schäden als particuläre Havarie zu dispachiren, so hätte er zur Begründung solchen Verlangens geltend machen können:

a) daß dies die Regel des Preußischen Rechts sei, welches als nächste Richtschnur gelten müsse für die Folgen, die aus einer auf offener See stattgehabten Collision zweier Preußischer, nach einem Preußischen Hafen bestimmter Schiffe für das gegenseitige Rechtsverhältniß der dabei betheiligten Preußischen Unterthanen entstanden wären. In dem Falle nemlich, wo alle Betheiligten einem und demselben fremden Staate angehören, dessen Gesetzgebung eine klar erkennbare Grundlage für die Dispache giebt, ist keiner von den bei

Büsch, Darstellung der Handlung, 3. Ausg. Bd. II. S. 459–462.

zusammen gestellten Gründen vorhanden, worauf die nach

Heise, Handelsrecht S. 392,

an sich anomale Gewohnheit, die Dispasche nach den am Orte ihrer Abfassung geltenden Gesetzen aufzumachen, gestützt wird. — Solche Berufung auf die Gesetze der Heimath aller Betheiligten hätte um so mehr Erfolg versprochen, als

b) auch allgemeine Gründe dafür geltend gemacht werden können, daß eine Dispachirung der Collisionsfolgen als particuläre Havarie in dem Falle, wo die Dispache nur für ein Schiff aufzumachen ist, auch den Schwedischen Gesetzen entspreche, zumal die in Art. VIII. § 1 der Verordnung von 1750 vorausgesetzten Rechnungsfactoren fehlen, so lange man den Schaden des anderen Schiffes und seiner Ladung nicht in Zahlen vor sich hat.

Wie stark nun auch diese Gründe sind, so kann doch in einer solchen Frage, wo es sich um fremdes Recht handelt, noch nicht unbedingte Gewißheit angenommen werden. Es

würde daher der Beklagte in Betreff dieses Punktes zu beweisen haben:

daß eine Ausdehnung der in Art. VIII. § 1 der Assecuranz- und Havarie-Ordnung von 1750 gegebenen Vorschrift, den durch Uebersegelung über beide Schiffe und deren Ladungen nach den Regeln der Havarie-Grosse zu vertheilen, auf den Fall, wo der durch Uebersegelung entstandene Schaden nur für ein Schiff zu reguliren ist — in dem Schwedischen Rechte nicht zugelassen sei.

Wenn dieser Beweis geführt wird, so ist damit die Unrichtigkeit der Dispache auch nach Schwedischem Rechte außer Zweifel.

Auf das Schwedische Recht würde jedoch bei rechtzeitiger Anfechtung der Dispache durch den Kläger nur dann etwas angekommen sein, wenn er genöthigt gewesen wäre, den Commissionär des Schiffes in Gothenburg, falls dieser den Verkauf der Ladung besorgt hatte und den der Ladung in der Dispache auferlegten Beitrag für das Schiff hätte retiniren wollen, auf Auskehrung der Auctionsgelder dort zu verklagen. Eine solche Klage in Gothenburg würde aber gar nicht nöthig gewesen sein, wenn der Kläger einen selbstständigen, die Gelder eventuell für ihn selbst einziehenden, Vertreter der Ladung in Gothenburg bestellt und dadurch den Rheder genöthigt hätte, aus der Dispache gegen ihn in Danzig zu klagen. Da nemlich nach

Heise, Handelsrecht S. 391,

die Dispache nicht als Urtheil unter den Parteien, sondern als bloße Berechnung ohne Kraft Rechtens gilt, so hätte der Kläger sich in Danzig auch gegen die Klage aus der vorliegenden Dispache immer noch mit Erfolg darauf berufen können, daß die aus einer Collision zweier Preußischer, nach einem Preußischen Hafen bestimmter Schiffe auf offener See für Preußische Unterthanen entstehenden gegenseitigen Rechtsverhältnisse nur nach Preußischem Rechte beurtheilt werden könnten.

Wenn daher der obige, das Schwedische Recht betreffende Beweis auch mißlingen oder gar nicht angetreten werden, der

Kläger dagegen die weiter oben sub № 2 erwähnten Gegenbeweise nicht führen sollte, so würde auch dann für den Beklagten erkannt werden müssen, weil dann der Causalnexus zwischen der culpa des Klägers und dem eingetretenen Schaden dahin feststehen würde, daß der Kläger durch seine culpa es sich selbst unmöglich gemacht hätte, die Regulirung des Schadens, resp. die gerichtliche Entscheidung über solche Regulirung zu rechter Zeit vor die bis zur Zahlungsleistung an die Rhederei ihm günstigeren Behörden seiner Preußischen Heimath zu bringen.

In diesem Sinne und aus diesen Gründen mußte das Erkenntniß des Niedergerichts so, wie im Urtheile geschehen, geändert werden, wovon die Compensation der Kosten dieser Instanz die nothwendige Folge war.

Kläger appellirte weiter, und erging unterm 14. October 1865 folgendes Urtheil des Oberappellations-Gerichts:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Lübeck vom 11. Mai 1864 aufzuheben und das Erkenntniß des vormaligen Niedergerichts vom 9. Januar 1864 mit der Maßgabe, daß die vom Beklagten zu zahlenden Zinsen auf fünf Procent vom Klagetage an gerechnet bestimmt werden, wiederherzustellen sei.

Die Kosten der vorigen und der gegenwärtigen Instanz werden compensirt.

Entscheidungsgründe.

I. Der Versicherungsvertrag, aus dem die Klage angestellt worden, ist unter den Parteien nicht bestritten, ebensowenig, daß der Beklagte aus der übernommenen Versicherung den Beitrag der versicherten Ladung zur großen Haverei zu erstatten habe; auch constatirt die in formeller Beziehung nicht beanstandete Gothenburger Dispache, daß ein Fall der großen Haverei vorliege und der Schade nach den „in

allgemeiner Haverei gebräuchlichen" Grundsätzen auf Schiff, Ladung und Fracht den Gesetzen des Dispacheorts gemäß vertheilt worden.

Hiernach ist die erhobene Klage begründet und in Beihalt des § 87 des revidirten Allgemeinen Plans Hamburgischer Seeversicherungen, welcher beim Abschlusse der Versicherung zu Grunde gelegt worden, sofort liquide gestellt.

Der Beklagte wird daher zu verurtheilen sein, wenn ihm nicht Einreden gegen die Klage zur Seite stehen.

II. Als eine solche Einrede ist nicht anzuerkennen der Einwand, daß die auswärtige (Gothenburger) Dispache zum Nachtheile des Versicherten gegen das am Orte der Dispachirung geltende Recht aufgemacht worden; denn auf diesen Einwand hat nach § 87 des Allgemeinen Plans der Versicherer dem Versicherten gegenüber geradezu verzichtet, indem er demselben trotz einer solchen unrichtigen Dispachirung volle Zahlung des ihn nach der Dispache treffenden Beitrags verspricht, mithin durch den Versicherungsvertrag auch die Gefahr dieser Dispachirung auf sich nimmt, so daß die dadurch etwa eintretende Benachtheiligung nicht den Versicherten, sondern den Versicherer trifft.

Der Beklagte hat denn auch diesen Einwand gar nicht geltend gemacht, sondern ausdrücklich eingeräumt, daß er die Dispache nicht schon darum anfechten dürfe, weil sie unrichtig aufgemacht worden. Vielmehr will er von der Klage (so wie sie vorgebracht worden oder mindestens rücksichtlich eines Theils des geforderten Betrags) nur darum entbunden sein, weil die Unrichtigkeit der Dispache *in einem Verschulden des Klägers* ihren Grund habe.

Nun ist es nicht zu bezweifeln, daß wenn ein Verschulden des Klägers bei der Regulirung des Havereifalls einen bei gehöriger Sorgfalt abzuwendenden Nachtheil für ihn herbeigeführt haben sollte, der Kläger die Folgen seiner culpa selbst zu tragen hätte, so daß dieser Schade, wie der § 38 des Allgemeinen Plans sich ausdrückt, nicht zur Last des Versicherers wäre. Aber der Beklagte behauptet excipiendo

lediglich eine culpa des Klägers in Bezug auf die Dispachirung des Schadens, nicht auch, wie das Obergericht unterstellt, daß Kläger noch in anderen Beziehungen etwas verschuldet habe, namentlich nicht, daß durch des Klägers mangelhafte Fürsorge es zu einer Dispachirung in Gothenburg und nach Schwedischem Rechte gekommen sei — Beklagter verwahrt sich vielmehr dagegen, daß Gothenburg Nothhafen sei, es müsse als Bestimmungshafen angesehen werden — und ebensowenig, daß Kläger für die Vertretung und Conservirung der Ladung in Gothenburg ungenügend gesorgt habe.

Alle diese über das behauptete Thatsächliche hinaus dem Beklagten vom Obergerichte suppeditirten Vertheidigungsmomente sind nach bekannten processualischen Grundsätzen nicht weiter in Betracht zu ziehen, und wenn Beklagter sich dieselben in jetziger Instanz anzueignen versucht, so kann darin nur ein Vorbringen unzulässiger nova gefunden werden.

Der Richter hat sich viemehr bei Beurtheilung der Einrede des Beklagten auf das Thatsächliche zu beschränken, was dieser zu ihrer Begründung excipiendo selbst vorgebracht hat.

Beklagter führt in dieser Beziehung an:

a) Kläger habe dem § 113 des Allgemeinen Plans entgegen den Beklagten erst am 2. Juli 1862 von dem Schaden benachrichtigt und dadurch, weil ein rechtzeitiges Eintreten des Beklagten vor Dispachirung des Schadens und eine Einwirkung auf dieselbe unmöglich geworden, verschuldet, daß die Dispache den Schwedischen Gesetzen zuwider aufgemacht sei. Die Dispache habe folgende Fehler:

1) Der Dispacheur hätte nach dem Schwedischen Versicherungs- und Havereistatut von 1750 den durch die Ansegelung entstandenen Schaden über beide Schiffe (Stadt Frankfurt a. d. O. und Friderike Wilhelmine) mit Ladung und Frachtgeldern vertheilen müssen.

2) Nach der Schwedischen Verordnung vom 8. Mai 1817 seien die Kost- und Monatsgelder der Besatzung nach dem Einlaufen des Schiffs nur dann zur Havariegrosse zu rechnen, wenn das Schiff in einem Nothhafen vor Anker gegangen

sei; Gothenburg aber sei nicht als Nothhafen, sondern als Bestimmungshafen anzusehen.

3) Endlich sei die Ladung bei der Dispache zum Bruttowerthe berechnet, während dieselbe gesetzlich nur zum Nettowerthe hätte beitragen müssen.

b) Diese Fehler der Dispache konnten vom Kläger nur bei größter Sorglosigkeit übersehen werden.

Die Einrede des Beklagten ist dahin zusammen zu fassen: durch ein Verschulden des Klägers sind die drei gerügten Fehler der Dispache nicht vermieden und es ist ungeachtet dieser Fehler die Dispache nicht angefochten worden, so daß auf Grund derselben die Rhederei der Stadt Frankfurt den Beitrag zur Havariegrosse bezahlt erhalten hat.

Für eine selbstständige Einrede ist nach dem Vorgebrachten die Anführung, daß Kläger die rechtzeitige Benachrichtigung des Beklagten unterlassen habe, nicht zu halten. Die Behauptung der Nichtanzeige für sich allein würde nemlich zur Begründung einer Einrede nur dann genügen, wenn durch positive Vorschrift die Anzeigepflicht dem Versicherten bei Verlust seines Rechts aus der Versicherung aufgelegt wäre, wie u. a. im Preuß. Landrechte Thl. II. Tit. 8 § 2164 geschehen. Aber der Allgemeine Plan Hamburgischer Seeversicherungen enthält eine solche Bestimmung nicht, und aus allgemeimen Rechtsprincipien folgt dieses Präjudiz ebensowenig. Da es nemlich sich nicht ohne Weiteres von selbst versteht, daß die Nichtanzeige nachtheilige Folgen für die Interessenten herbeiführt, so bedarf es, um eine Einrede aus dieser Unterlassung herleiten zu können, immer noch der Angabe eines bestimmten daraus hervorgegangenen Nachtheils. Der durch die unterbliebene Benachrichtigung des Beklagten angeblich verursachte Nachtheil aber kann in concreto nach seiner eigenen Angabe nur in der Nichtvermeidung der von ihm gerügten Fehler der Dispache in Verbindung mit der behaupteten Auszahlung des Havereibeitrags durch den Kläger gefunden werden; daß noch weitere Folgen daraus hervorgegangen seien, behauptet Beklagter überall nicht.

Das Obergericht ist offenbar dadurch, daß es zur Begründung der Einrede der culpa die versäumte Benachrichtigung des Beklagten allein schon für ausreichend hält, dazu gelangt, den Kläger für jeden denkbar möglichen Nachtheil, der eine Folge seiner culpa hätte sein können, verantwortlich zu machen, während doch jeder Contrahent nur die durch seine negligentia herbeigeführten Folgen zu vertreten hat, was er vollständig thut, wenn er den Mitcontrahenten in die Lage versetzt, in der er sich befunden haben würde, wenn der andere Contrahent diligent gehandelt hätte. Da nun — wobei vorläufig von der Anzeigepflicht des Klägers ausgegangen wird — Beklagter, wenn er rechtzeitig Nachricht von dem Unfalle erhalten hätte, also wenn eine negligentia des Klägers nicht vorgekommen wäre, nur die von ihm bestimmt angegebenen Maßnahmen getroffen hätte, so kann es sich lediglich fragen, ob dieses Verhalten des Beklagten die Sachlage zu seinem Vortheile hätte ändern können oder nicht. Das Obergericht faßt die culpa als solche ohne ihren Effect ins Auge, der doch schließlich allein in Betracht kommt und je nach den concreten Umständen des einzelnen Falles ein ganz verschiedener sein wird, eine Auffassung, die weder in den von ihm angeführten Schriftstellern noch in unsern Rechtsquellen eine Unterstützung findet.

Vergl. jetzt Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 822, worin nur das bisher geltende Recht bestätigt worden.

III. Wird aber die Einrede des Beklagten in der ihr von ihm selbst gegebenen Beschränkung der Beurtheilung unterzogen, so kommt es, was zunächst den sub II. b. erwähnten Punkt (die Nichtbeachtung der Fehler der Dispache) betrifft, darauf an, ob der Versicherte für verpflichtet zu halten, die von autorisirten Personen aufgemachten Dispachen insoweit zu prüfen, als dies durch einen gewöhnlichen Geschäftsmann ausführbar ist, mithin entdeckte Versehen sofort zu rügen und die Ausführung der Dispache, soviel an ihm liegt, zu verhindern.

Es ist diese Frage zu bejahen. Denn der Versicherte ist durch den abgeschlossenen Contract zur sorgfältigen Vertretung der Interessen, welche durch den Versicherungsvertrag berührt werden, verpflichtet und darf es an dieser Diligenz insbesondere auch da nicht fehlen lassen, wo er in die Lage kommt, diese Interessen ohne Hinzutreten des Versicherers wahrzunehmen.

Es ist kein Grund erfindlich, den Versicherten von dieser ihm obliegenden Sorgfalt zu entbinden, sobald die Aufmachung der Dispache geschehen, und wird auch nicht, wie der Kläger meint, durch die ihm zur Pflicht gemachte Prüfung der Dispache das vertragsmäßig angenommene Princip verletzt, daß die auswärtige Dispache unter den Interessenten anzuerkennen sei; vielmehr wird dasselbe dadurch nur auf seine von selbst gegebenen Grenzen zurückgeführt. Denn dieses Princip kann nach dem ganzen Charakter des Versicherungsvertrags nur insoweit zur Anwendung kommen, als der Versicherte selbst nicht durch seine culpa die Lage des Versicherers verschlimmert hat. Liegt dem Versicherten aber eine ordnungsmäßige Prüfung der Dispache ob, so verschwindet auch die vom Obergerichte hervorgehobene Gefahr, daß unter dem Vorwande einer angeblichen Havariegrosse auf Grund einer hinter dem Rücken des Versicherers aufgemachten Dispache jede beliebige Summe von ihm begehrt werden könne. Der Versicherte kann auf Grund der Dispache nur die Erstattung des von ihm selbst nicht verschuldeten Schadens begehren, gleichviel ob sein Verschulden in der Zeit vor oder nach der Aufmachung der Dispache liegt. Hiemit stimmt denn auch der § 38 des Allgemeinen Plans vollständig überein, der allen durch Schuld, Versäumniß oder Versehen des Versicherten entstandenen Schaden dem Versicherten allein zur Last bringt, ohne zu unterscheiden, wann ein solches Verschulden vorgekommen ist.

Vergl. jetzt auch Art. 841 Abs. 1 des Deutschen Handelsgesetzbuchs. Thöl, Entscheidungsgründe des O.-A.-Ger. № 252 (Seite 344), wo indessen statt culpa lata zu lesen ist „culpa"

War nun auch der Kläger zur Prüfung der Dispache verpflichtet, so kann doch im vorliegenden Falle ein Verschulden desselben darin nicht gefunden werden, daß er die drei vom Beklagten als Fehler gerügten Punkte nicht beanstandete. Denn diese Mängel sind keineswegs so hervortretend, wie der Beklagte vermeint und mit ihm das Obergericht anzunehmen scheint.

Zunächst ist hiebei zu beachten, daß es sich nicht um factische Unrichtigkeiten der Dispache, sondern um angeblich unrichtige Anwendung ausländischer Rechtsnormen handelt. Eine Kenntniß derselben ist bei dem Kläger nicht vorauszusetzen und eine Rechtsunkunde darf ihm in einem solchen Falle nicht ebenso zum Nachtheile gereichen, wie wenn eine Bestimmung seines einheimischen Rechts zur Frage stände. Er durfte sich daher um so mehr dabei beruhigen, daß die Dispache den Schwedischen Gesetzen gemäß aufgemacht sei, da der rechtsgelehrte Dispacheur dieses am Schlusse der Dispache noch ausdrücklich bezeugte,

Vergl. Anlage № 2 ad Rec. I. (erster Instanz). Deutsche Uebersetzung pg. 34, 35,

und allerdings einzelne Gesetze den Fall des zufälligen Zusammenstoßens von Schiffen zur großen Haverei rechnen, so daß auch nicht die Anwendung eines in den Seerechten übereinstimmend anerkannten Rechtssatzes zur Frage kam.

Weiter aber ist hinsichtlich der vom Beklagten gerügten Fehler zu bemerken: Die Dispachirung des ganzen Schadens mußte gewiß, so wie dieselbe vorliegt, geschehen, wenn das Schiff Friderike Wilhelmine verloren gegangen war, was nach der Dispache (Uebersetzung pg. 4. 5) der Fall zu sein scheint. Aber auch, wenn dieses Schiff nicht verloren ging, jedoch in einen andern Hafen einlief, also bei der Dispachirung nicht in Berücksichtigung gezogen werden konnte, so ist das Verfahren des Dispacheurs nicht für offensichtlich unbegründet zu halten. Anlangend die Kost- und Monatsgelder der Besatzung, so ist schwerlich die Meinung des Beklagten begründet, daß Gothenburg, weil es durch die eingetretene

Beendigung der Reise Dispacheort wurde, aufgehört habe, Nothhafen zu sein. Endlich mag die Zugrundelegung des Brutto-Ertrags der Ladung bei der Ermittelung des Haveriebeitrags derselbe nicht rationell erscheinen; vielmehr wird nach richtigen Grundsätzen nur der Werth der Ladung nach Abzug der Fracht, Zölle und sonstigen Unkosten für die Contribution zur großen Haverei in Betracht kommen dürfen. Aber bekanntlich herrscht eine große Verschiedenheit der Seerechte in der Behandlung dieses Punktes und das Schwedische Recht scheint auch hier von andern Grundsätzen auszugehen, indem die Schwedische Assecuranz- und Havereiordnung von 1750 Art. V sub 2 § 3 vorschreibt, daß bei großer Haverei „das gerettete Gut nach dem Einkaufspreise mit allen Unkosten" gerechnet werden solle, was freilich nicht ganz mit dem vielleicht auf eine Praxis gestützten Verfahren des Dispacheurs stimmt, aber doch jedenfalls demselben viel näher steht, als die vom Beklagten vertretene Verfahrungsweise.

Bei dieser Sachlage kann, da auswärtiges Recht zur Frage steht und es im hohen Grade zweifelhaft ist, ob die vom Beklagten gerügten Unrichtigkeiten wirklich vorhanden sind, von einer culpa des Klägers in Bezug auf die Nichtbeachtung der angeblichen Fehler der Dispache überall nicht die Rede sein und ist die Einwendung des Beklagten insoweit unbegründet.

IV. Ebensowenig konnte dieselbe, insoweit sie auf die versäumte Benachrichtigung des Beklagten (II. a.) gestützt worden, für begründet erachtet werden.

Wenn freilich auch nicht genau feststeht, wann Kläger selbst von dem Seeunfalle Kunde erlangt hat, so räumt er doch in der Replik ein, daß er den Beklagten nicht sofort benachrichtigt habe, und nennt als Zeitpunkt dieser Benachrichtigung nur den 2. Juli 1862, während der Seeunfall im December 1861, der Verkauf des letzten Theils der Ladung im März und die Aufmachung der Dispache im Mai 1862 geschah.

Eine Versäumung des Klägers in Betreff der Benachrichtigung des Beklagten ist hiernach jedenfalls anzunehmen. Kläger war aber verpflichtet, den Beklagten thunlichst bald zu benachrichtigen. Freilich ist diese Verpflichtung nicht mit dem Beklagten aus dem § 113 des Allgemeinen Plans herzuleiten. Zwar ist dieser § nicht auf die Fälle der particulären Haverei zu beschränken, wie Kläger will. Dagegen spricht einmal, daß derselbe, nachdem im ersten Titel von der Havariegrosse und im zweiten Titel von der Havarie particuliere gehandelt worden, seine Stelle in dem nun folgenden dritten Titel (von den Maßregeln bei eingegangener Nachricht von einer Haverei) erhalten hat, und ferner, daß im § 113 gar nicht unterschieden wird, ob die dort erwähnten Schäden in Folge absichtlich angeordneter Maßregeln eingetreten sind oder nicht. Ist nun auch der § 113 auf jede Art von Haverei zu beziehen, so ist doch aus demselben nicht zu entnehmen, daß der Versicherte von jedem Unfalle Anzeige zu machen habe. Denn der § 113 normirt für die darin vorgeschriebene Anzeigepflicht und die weiteren dort angeordneten Verpflichtungen des Versicherten ganz bestimmte Voraussetzungen, welche vorliegend nicht vorhanden sind, da actenmäßig zu keiner Zeit auch nur die Befürchtung entstand, daß das Schiff Stadt Frankfurt a. d. O. seine Reise nicht würde fortsetzen können. Aber daraus, daß der Allgemeine Plan der Anzeigepflicht des Versicherten nur im § 113 erwähnt, darf nicht gefolgert werden, daß dieselbe nur für die dort geordneten Fälle bestehe; denn der Allgemeine Plan will kein erschöpfendes System des Assecuranzrechts geben, sondern nur eine Reihe einzelner contractlicher Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der Contrahenten aufstellen, und ist in Betreff der nicht berührten Punkte aus dem sonst geltenden Rechte zu ergänzen. Die Anzeigepflicht des Versicherten aber folgt, ohne daß es einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber in den Versicherungsbedingungen bedarf, ohne Weiteres daraus, daß der Versicherungsvertrag, dessen Grundlage in allen Beziehungen die bona fides der Contrahenten

bildet, beide Theile zur höchsten Diligenz verpflichtet. In derselben läßt es offensichtlich der Versicherte fehlen, wenn während der Dauer der Versicherung die Mittheilung von Ereignissen verabsäumt, die auf die Ersatzverbindlichkeit des Versicherers von Einfluß sein können. Ein solches Ereigniß ist jeder vom Versicherer zu vertretende Unfall, der das versicherte Gut trifft, überhaupt jeder Umstand, der den Eintritt der vom Versicherer übernommenen Gefahr herbeiführt, hier die Thatsache, daß die Reise des Schiffs in Gothenburg endete und es zur Dispachirung an diesem Orte kam. Diese Ereignisse, sobald es thunlich ist, zu erfahren, ist von dem größten Interesse für den Versicherer, da er in höherem Grade gefährdet sein kann, wenn er gar nicht oder zu spät benachrichtigt wird, als wenn er thunlichst beschleunigte Nachricht erhält. Der Versicherte aber, welcher, selbst von den Umständen in Kenntniß gesetzt, die rechtzeitige Benachrichtigung seines gleich ihm selbst und oft noch mehr interessirten Mitcontrahenten unterläßt, wird regelmäßig die Lage desselben verschlimmern, und darf mithin, da dieses gegen die bona fides verstoßen würde, diese Benachrichtigung nicht verabsäumen.

Daß die Anzeigepflicht des Versicherten ohne alle Beschränkung bestehe und von jeher als bestehend angenommen worden, wird u. a. bezeugt von

Benecke, Assecuranz- und Bodmereiwesen Bd. 4 S. 352 und
Pöhls, Assecuranzrecht S. 725. 726 und

den von letzterem angeführten Assecuranzordnungen. Außerdem

Code de commerce, Art. 374,
Preuß. Landrecht, Thl. II. 8. § 2164,
Holländisches Handelsgesetzbuch Art. 654,
Motive zum Preuß. Entwurf des Handelsgesetzbuchs S. 340.

Hiernach kann Kläger ein Verschulden seinerseits insofern nicht zurückweisen, als er die rechtzeitige Benachrichtigung des Beklagten verabsäumt hat.

Aber es ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß Kläger nicht jeden denkbar möglichen Erfolg seines Verschuldens zu vertreten habe, sondern daß Beklagter zur Begrün-

dung seiner Einrede bestimmt darzulegen hatte, welche für ihn nachtheilige Folgen das Verschulden des Klägers herbeiführte. Aenderte sich nemlich die Sachlage trotz verspäteter Anzeige nicht zum Nachtheile des Beklagten, so ergiebt sich ohne Weiteres, daß die culpa des Klägers ohne Effect blieb.

Beklagter nun führt als Folgen der Nichtanzeige des Klägers lediglich an, daß die drei angeblichen Fehler der Dispache nicht vermieden worden und daß es zur Auszahlung des Havereibeitrags gekommen sei.

Aber in ersterer Beziehung behauptet er nicht, daß er beabsichtigt habe oder im Stande gewesen sei, dem Dispacheur andere oder bessere Vorlagen zu machen, als demselben zwecks Aufmachung der Dispache unterbreitet wurden. Er beschränkt sich darauf anzuführen, daß er durch Rechtsdeductionen auf den Dispacheur eingewirkt haben würde. Es ist indessen keineswegs auch nur wahrscheinlich, daß die Rechtsauffassung des Beklagten den Dispacheur bewogen hätte, die von ihm als richtig bezeugten Rechtsgrundsätze bei Aufmachung der Dispache aufzugeben, auch sind derartige Deductionen überall kein Gegenstand der Verhandlung mit dem Dispacheur; dieser hat vielmehr, will er nicht seine amtliche Stellung beeinträchtigen, ein solches von der einen oder anderen Seite versuchte Einwirken zurückzuweisen. Am allerwenigsten spricht, wie das Obergericht meint, für die Zulässigkeit solcher Einwirkung der Umstand, daß der Dispacheur, wenn die Interessen sich dieserhalb unter einander vereinbart haben, verpflichtet sei, von dem Rechte des Dispacheorts abweichende Bestimmungen bei der Aufmachung der Dispache zur Grundlage zu nehmen. Denn wie es den Interessenten freisteht, den Schaden ohne Zuziehung eines Dispacheurs auszugleichen, eben so steht es ihnen zu, sich über die Grundlage der Dispache zu einigen und sich des Dispacheurs bloß für die Berechnung des Schadens zu bedienen; von einer Verhandlung mit dem Dispacheur über die anzuwendenden Rechtsgrundsätze ist hiebei gar nicht die Rede. Ebenso unzutreffend ist die Berufung auf die Bestimmung im § 113

des Allgemeinen Plans, daß die Verabredungen der Interessenten über die Maßregeln zum Besten des Schiffs und der Ladung nöthigenfalls in Gegenwart des Dispacheurs geschehen sollen. Der Dispacheur wird hier gar nicht in seiner amtlichen Function in Anspruch genommen, da lediglich Verhandlungen zwecks Verminderung des Schadens zur Frage stehen, auch die gegenseitigen Verhältnisse des Versicherers und des Versicherten der Dispachirung des Schadens durchaus fremd bleiben; sondern es wird auf den Dispacheur hingewiesen als auf eine sachkundige Person, die eine Vereinbarung der Interessenten zu vermitteln geeignet ist. Was das Obergericht weiter über die Möglichkeit, durch Verhandlungen mit dem Dispacheur für eine andere Grundlage der Dispache zu sorgen, ausführt (Entscheidungsgr. pg. 23 bis 27), bedarf einer besonderen Erwägung eben so wenig, als die Entwickelung desselben darüber, was der Versicherer alles hätte in Gothenburg vortragen können, um darzulegen, daß die Dispache nach Preußischem Rechte aufzumachen sei, da Beklagter in ersterer Beziehung gar nicht behauptet hat, daß er so weit gehende Verhandlungen beabsichtigt habe, und in letzterer Beziehung selbst mit Entschiedenheit betont, daß für die Dispachirung das Schwedische Recht entscheide, da als Bestimmungsort lediglich Gothenburg anzusehen sei.

Beklagter meint weiter, er habe darauf hinwirken können, daß die aufgemachte Dispache den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend verbessert wäre. Aber der Dispacheur selbst war, nachdem die Aufmachung der Dispache beendigt war, gar nicht mehr in der Lage, dieselbe ohne Zustimmung sämmtlicher Interessenten abzuändern. Denn, wenn auch die Dispache nicht als ein Urtheil anzusehen ist, so ist dieselbe doch eine für alle Betheiligten vorläufig feststehende Schadensauseinandersetzung. Der Dispacheur ist eben wegen des concurrirenden Interesses der übrigen Betheiligten nicht berechtigt, auf Antrag eines oder des anderen Interessenten die gewonnene Grundlage der Berechnung einseitig zu ver-

ändern, sondern die ihrer Meinung nach verletzte Partei muß ihre Rechte vor dem Richter geltend machen. Daß aber diese Reclamation gegen die Dispache am 2. Juli 1862, als die Andienung des Schadens geschah, nicht noch eben so gut ausführbar gewesen, als gleich nach Aufmachung der Dispache, hat Beklagter nicht in Abrede gestellt.

Endlich ist auch das unbegründet, was Beklagter über die Bezahlung des Havereibeitrags durch den Kläger und die dadurch verschlimmerte Lage des Versicherers vorgebracht hat. Eine Zahlungsleistung durch den Kläger an die Rhederei hat nach dem, wie die ganze Havereiangelegenheit factisch verlaufen ist, gar nicht stattgefunden und konnte gar nicht eintreten, da der Erlös aus dem Verkaufe der Ladung sich in den Händen der Rhederei befand und größer war als der Havereibeitrag der Ladung, so daß die Rhederei, welcher die Sorge für die Ordnung der Havereiangelegenheit rechtlich gebührte, wie ihr zustand, den Beitrag der Ladung einbehielt und sich so bezahlt machte.

L. 2. pr. D. de lege rhodia (14, 2.)

Die Berichtigung dieses Beitrags war also ganz unabhängig von dem Willen des Klägers. Derselbe mußte, wenn er, als ihm die Dispache vorgelegt wurde, von der Rhederei mehr fordern wollte als die ihm nach der Specialberechnung in der Dispache zukommende Summe, schon damals eben so gut mit einer Anfechtung klagend auftreten, wie dies später nach geschehener Benachrichtigung dem Beklagten als Cessionar des Klägers jederzeit möglich war. Hieraus ergiebt sich zugleich, daß es unzutreffend ist, wenn das Obergericht davon ausgeht, die Nichtanzeige des Klägers habe es herbeigeführt, daß das Zuvielgezahlte jetzt mit einer condictio indebiti zurückgefordert werden müsse, und kann es dahin gestellt bleiben, ob wirklich das Preußische Recht in Bezug auf diese Klage in seinen Bestimmungen vom gemeinen Rechte abweicht.

Eine Zahlung durch den Kläger ist nicht vorgekommen, Beklagter hat gar nicht zu behaupten versucht, daß Kläger vor der ohne sein Zuthun erfolgten Berichtigung des Haverei-

beitrags, sowie die Verhältnisse sich gestalteten, die Disposition über die Ladung oder deren Kaufpreis erlangt hat oder hätte erlangen können, und ist somit gar nicht abzusehen, wie die rechtzeitige Benachrichtigung den Versicherer in die Lage hätte bringen können, die Befriedigung der Rhederei wegen des Havereibeitrags der Ladung zu verhindern und dieselbe zu einer Klage auf Berichtigung dieses Beitrags zu zwingen. Möglich wäre dies nur gewesen, wenn es einem Vertreter der Ladung gelungen wäre, sich schon vor dem Verkaufe in den Besitz derselben zu setzen. Aber Beklagter hat darauf, daß in Gothenburg ein besonderer Vertreter der Ladung nicht bestellt worden, eine Einwendung gar nicht gegründet, so daß aus einem Mangel in Bezug auf diese Vertretung etwas Nachtheiliges gegen den Kläger nicht hergeleitet werden darf.

V. Nach dem Ausgeführten ergiebt sich, daß die Nichtbeachtung der angeblichen Fehler der Dispache vollständig gerechtfertigt erscheint und daß die Verspätung der Anzeige des Unfalls die Lage des Beklagten in keiner Weise verschlimmert hat. Mithin mußten seine Einwendungen gegen die Klage auf Erstattung des Schadens verworfen werden und war auf die erste Beschwerde des Klägers in jetziger Instanz das niedergerichtliche verurtheilende Erkenntniß im Uebrigen wieder herzustellen, jedoch in Gemäßheit der reviviscirenden fünften Beschwerde des Beklagten in zweiter Instanz rücksichtlich des Zinsenpunktes abzuändern.

Denn die vom Kläger am 2. Juli 1862 beschaffte Andienung des Schadens hat, wie aus § 128 des Allgemeinen Plans erhellt, gar nicht die Bedeutung einer Mahnung, und selbst wenn dieses der Fall wäre, so würde durch dieselbe eine mora nicht eingetreten sein, da die Anforderung auf eine größere als die nach dem eigenen Zugeständniß des Klägers geschuldete Summe ging. Und wenn der § 136 des Allgemeinen Plans den Versicherer verpflichtet, 2 Monate nach geschehener Andienung den Schaden zum Vollen zu zahlen, so hat hierin kein dies certus für die Erfüllung der Verbind-

lichkeit des Versicherers in dem Sinne festgestellt werden sollen, daß dieser dies die Mahnung ersetze; denn es wird innerhalb der zwei Monate seit dem Tage der Andienung der Betrag der Schadenssumme durch die zu producirenden Documente und Belege regelmäßig erst festgestellt, mithin ist die bedungene Zahlungsfrist keine für jeden Fall festbestimmte, sondern zugleich von, dem Versicherten obliegenden, Erledigungen abhängig, so daß er bei nicht erfolgender Zahlung einer Anforderung beim Versicherer, der die Documente ꝛc. zu prüfen befugt ist und davon seine Anerkennung der Forderung abhängig machen darf, nicht überhoben ist. Hiernach durften dem Kläger, der sich lediglich auf die Andienung des Schadens unter Vorlage der Dispache ohne die dazu gehörigen Documente beschränkt hat, nur Proceßzinsen seit dem Klagetage zugesprochen werden und war das Zinsenmaß auf fünf Procent zu bestimmen, da eine Usance, wonach im kaufmännischen Verkehr oder in Assecuranzfällen 6 % Zinsen gefordert werden können, für Lübeck nicht besteht.

VI. Die Entscheidung des Niedergerichts über die Kosten erster Instanz berücksichtigt die geringfügige pluspetitio des Klägers in solchem Maße, daß Beklagter sich dadurch nicht beschwert erachten kann. Die Kosten zweiter und dritter Instanz waren wegen des Wechsels der Entscheidungen zu compensiren und kann es hinsichtlich der letzteren Kosten nicht in Betracht kommen, daß die Zinsverbindlichkeit des Beklagten modificirt worden, da diese Abänderung einen ganz untergeordneten Punkt betrifft.

Durch Obiges erledigen sich zugleich die sechste Beschwerde des Beklagten in voriger und die zweite Beschwerde des Klägers in gegenwärtiger Instanz.

---

72. Hamburg.

G. F. Hennig und M. F. Th. Fritz rectius dieselben nomine Käufer, und Verkäufer, Kläger, zu Hamburg, wider Joachim Carl Friedri- genannt Fritz Lembke aus Neu-Buckow, ebenda- selbst, Beklagten, eine Forderung von Bco. ℳ 7503. 10 ß aus Differenzgeschäften betreffend.

Eine in Betreff der Legitimation zur Sache dunkle Klage ist von Amtswegen angebrachter- maßen abzuweisen.

Rechtsfall. Die auf Bezahlung von Bco. ℳ 7503. 10 als Saldo einer Abrechnung über eine große Anzahl von Differenzgeschäften in Leinöl, Rüböl und Petroleum, bei denen der Beklagte theils als Käufer theils als Verkäufer er- scheint und mit Courtage belastet ist, gerichtete Klage wurde zuerst von den Klägern als Makler in eigenem Namen angestellt, wogegen sie sich in der Replik als „nomine Käufer und Verkäufer" klagend bezeichneten, ohne daß jedoch dies der Beklagte in der Duplik rügte.

Das Handelsgericht wies die Kläger aus hier nicht in Betracht kommenden Gründen mit ihrem Courtage-Anspruch ab, legte ihnen dagegen hinsichtlich des Rest's ihrer For- derung in Folge des Einwands des Beklagten, die Klä- ger zu den fraglichen Geschäften überall nicht autorisirt zu haben, den Beweis seines Auftrags oder doch seiner Geneh- migung auf.

Beide Theile ergriffen Appellation und zwar beschwerte der Beklagte sich principaliter darüber, daß die ganze Klage nicht angebrachtermaßen abgewiesen sei, weil u. a. gar nicht

ersichtlich, in welcher Eigenschaft die Kläger aufgetreten seien, ob als Mandatare oder als Cessionare der angeblichen Käufer und Verkäufer.

Als nun das Obergericht in Gemäßheit dieser Beschwerde auf Abweisung der Klage angebrachtermaßen erkannte und auch die definitive Abweisung des Courtage-Anspruchs wieder aufhob, ergriffen zwar beide Theile wiederum Berufung. Es erfolgte aber beim Ober-Appellationsgericht am 21. October 1865 ein bestätigendes Erkenntniß.

Entscheidungsgründe.

Präjudiciell für die übrigen Beschwerden der Parteien stellt sich die Principalbeschwerde der Kläger dar, insofern sie dahin gerichtet ist, daß ihre Klage vom Obergerichte wegen Dunkelheit angebrachtermaßen abgewiesen sei. Denn wenn hierin dem Obergerichte beigetreten werden muß, so kann nicht nur selbstverständlich von der abseiten der Kläger beantragten sofortigen Verurtheilung des Beklagten keine Rede sein, sondern es muß alsdann auch bedenklich erscheinen, über die auf gänzliche Abweisung der Klage gerichtete Principalbeschwerde des Beklagten, selbst wenn diesem Antrage deferirt werden könnte, zu erkennen. Und ebensowenig kann dann auf die vom Beklagten für den entgegengesetzten Fall, unter Verzicht auf die erkannte Abweisung angebrachtermaßen, eventualiter gestellten Anträge auf ein abzugebendes Beweisinterlocut eingegangen werden, wie unten noch näher zu berühren sein wird.

Nun mußte aber der Entscheidung des Obergerichts unbedenklich beigetreten werden.

Es ist zwar völlig richtig, daß, wie die Kläger bemerken, für einen klagend erhobenen Anspruch mehrere Klagfundamente cumulirt werden können, und daß, wenn das Thatsächliche dieser Fundamente und die Absicht, darauf die Klage zu gründen, mit genügender Bestimmtheit angegeben ist, es nach jetzigem Rechte der technischen Bezeichnung der Klage nicht

nothwendig bedarf. Ebenso richtig ist es, daß die Sachlegitimation des Klägers keiner anderen Behandlung zu unterliegen habe, wie jeder andere Theil der Klagethatsachen, also nicht, um Nullität zu vermeiden, vorweg und auch von Amtswegen zur Erledigung zu bringen sei. Allein eben aus dieser gleichen Behandlung folgt, daß, wenn in Beziehung auf die Sachlegitimation eine Dunkelheit sich findet, wenn sich aus der Klage und den weiteren Verhandlungen nicht mit Bestimmtheit ersehen läßt, in welcher Eigenschaft der Kläger aufgetreten, wer also eigentlich der Kläger sei, diese Dunkelheit wie jede andere in einem wesentlichen Theil der Klage nicht nur vom Beklagten mittelst der exceptio obscuri libelli geltend gemacht werden könne, sondern auch vom Richter von Amtswegen zu berücksichtigen sei: wie darüber auch der von den Klägern hauptsächlich geltend gemachte Schriftsteller keinen Zweifel hat.

Bethmann-Hollweg Versuche S. 97—98.

Nun aber ist es grade diese Dunkelheit der Klage in Betreff der Sachlegitimation, welche das Obergericht bewogen hat, die Klage angebrachtermaßen abzuweisen, und dies mit vollem Rechte. Denn

1) obwohl die Kläger, welche in den ersten drei Citationen zur Klage in eigenem Namen aufgetreten sind, sich später als nomine Käufer und Verkäufer klagend bezeichnet haben, ohne gleichwohl näher anzugeben in welcher Eigenschaft, so sind sie im Laufe des Processes nicht nur dieser ihrer Rectification der Klage nicht treu geblieben, sondern haben es nach wie vor auch völlig ungewiß gelassen, ob sie, insofern sie nomine der Käufer und Verkäufer klagen, als deren Mandatare oder Cessionare auftreten. Denn in zweiter Instanz sagen sie in ihrer Entgegnung auf die, die Dunkelheit der Klage in dieser Beziehung rügende Beschwerde des Beklagten, es bedürfe des juristischen Namens der Eigenschaft, in welcher sie auftreten, nicht. Doch würden sie gewiß cessionario nomine klagen können, insofern sie die Verbindlichkeit des Beklagten bei den Dritten erledigen; es würde

übrigens auch direct der klägerische Anspruch als eine Schadensforderung aufrecht zu erhalten sein; endlich auch würden Kläger auf Grund eines mandatum praesumtum derjenigen Personen klagen können, für welche sie die Differenzen mit dem Beklagten zu ordnen haben, wie das von Auctionsmaklern geschehe.

Und auch in der gegenwärtigen Instanz haben die Kläger eine bestimmtere Erklärung nicht abgegeben, sondern sich auf die vorstehende bezogen, indem sie die nach dem Obigen unhaltbare Ansicht aussprechen, daß hierin eine rechtlich durchaus zulässige Cumulation verschiedener möglichen Klaggründe zu befinden sei. Sodann leidet

2) die Klage aber auch insofern an Dunkelheit, als nicht bloß die in der libellirten Gesammtsumme steckenden Forderungen für Differenzen der einzelnen Geschäfte, sondern auch die für dieselben berechneten Courtage-Beträge nomine der Käufer und Verkäufer eingeklagt sind, während, wie die Kläger in dieser Instanz auch selbst einräumen, solche nur proprio nomine von ihnen gefordert werden können, so daß also auch in dieser Beziehung die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden mußte.

Nun erklärt zwar der Beklagte, wie bereits oben bemerkt worden, für den Fall, daß seinem Verlangen gemäß die Klage nicht definitiv als unstatthaft verworfen werden sollte, auf die Abweisung derselben nur angebrachtermaßen verzichten zu wollen, falls den Klägern in dem gegenwärtigen Processe die von ihm eventualiter beantragten Beweise auferlegt würden. Allein theils steht dieser Antrag mit den von ihm in voriger Instanz gestellten Beschwerden im klaren Widerspruch, indem er dort zunächst eine Abweisung angebrachtermaßen, und erst wenn weder diese noch auch die in zweiter Linie verlangte Abweisung der Klage als einer unstatthaften erkannt werden sollte, eventualiter auf Beweisauflage an die Kläger angetragen hat, theils kann die vom Richter aus processualischen Gründen von Amtswegen verfügte Abweisung einer Klage angebrachtermaßen nicht durch den Ver-

zicht des Beklagten beseitigt werden. Es bedarf daher nicht noch der Erörterung, daß die Bedingung, an welche der Beklagte seinen Verzicht geknüpft hat, mindestens sehr erheblichen Bedenken unterliegt.

---

73. Hamburg.

Meier Salomon Engers zu Hamburg, Kläger, wider **Levy Moses Marcus** daselbst, Beklagten, Forderung betreffend.

Der Beklagte hatte eine in seinen Händen befindliche, auf das Leben des Anselm Kornberg lautende Lebensversicherung durch ein notarielles Protocoll auf den Kläger transportirt, und in dieser notariellen Cessions-Urkunde fand sich die Bestimmung, daß sich „Beklagter verpflichte, die vertragsmäßige Prämie regelmäßig zu bezahlen.“ Notar und Zeugen hatten bescheinigt, daß Beklagter die Cessionsacte eigenhändig unterschrieben und deren Inhalt zu kennen und zu genehmigen erklärt habe.

Ueber diese Transaction entstand Streit, indem vom Beklagten behauptet ward, daß er das Document in dem Glauben, daß es sich um eine einfache Cession der Police handele, ohne daß es ihm vorgelesen sei, und ohne von dessen näherem Inhalt Kenntniß zu nehmen, unterschrieben, und die Verpflichtung der Prämienzahlung keineswegs habe übernehmen wollen.

Nach einer vorgängigen Vernehmung der Parteien über die Vorgänge vor und bei der Unterzeichnung jenes Cessionsdocumentes legte das Nieder-Gericht am 3. Februar 1865 dem Kläger den Beweis auf:

entweder

1. daß Beklagter dem Notar Dr. Söhle vor der Anfertigungder betreffenden Uebertragungsacte den ausdrückli-

chen Auftrag ertheilt habe, in diese Acte auch die seinseitige Verpflichtung aufzunehmen, für die betreffende, auf das Leben des Anselm Kornberg geschlossene Police auch nach deren Uebertragung und Cedirung an den Kläger bis zum Tode des Kornberg die jährliche Prämie fortzahlen zu wollen,

oder

2 a. daß Beklagter sich dem Anselm Kornberg gegenüber verpflichtet habe, für die vorgedachte Police auch nach deren Uebertragung und Cedirung an den Kläger die jährliche Prämie bis zu seinem (Kornbergs) Tode fortzahlen zu wollen,

und

b. daß dem Beklagten vor dessen Unterzeichnung gedachter Cessions-Acte deren vollständiger Inhalt von dem vollziehenden Notar vorgelesen sei.

Auf Appellation des Klägers ward das Niedergerichtliche Erkenntniß vom Obergericht am 15. Mai 1865 zwar im Uebrigen bestätigt, dagegen der sub 2 a. dem Beklagten nachgelassene Beweis gestrichen, indem, wie die Gründe besagen, schon die Erbringung des Beweises sub 2 b. genügen würde, den Beklagten sachfällig zu machen, so daß es auf die Frage, ob die Beweisfassung ad 2 a. eine richtige sei, gar nicht weiter ankomme, da der Kläger nach dieser Entscheidung des Obergerichts gar kein Interesse habe, diesen Beweis überall noch anzutreten.

Der Kläger appellirte auch gegen diese Entscheidung, und es entstand nun die Frage, ob nicht die Appellation wegen Conformität der Entscheidungen als unstatthaft zu verwerfen sei.

Diese Frage ward vom Ober-Appellationsgericht in seinem Erkenntniß vom 23. October 1865 bejaht, und zwar aus folgenden Entscheidungsgründen:

I. Das Vorhandensein der Appellationssumme war ohne Bedenken anzunehmen.

Die klägerischen Beschwerden beziehen sich nemlich auf das gesammte Streitobject und dieses wird durch einen Betrag von mehr als 625 ℔ Courant gebildet. Die Klage ist gerichtet

a. auf den Belauf einer vom Kläger gezahlten Jahresprämie für die auf das Leben des Anselm Kornberg genommene Lebensversicherung, Crt. ℔ 110. 4 ß betragend, und

b. auf die dem Beklagten aufzulegende Verpflichtung, für die Dauer des Lebens des genannten Kornberg jährlich dieselbe Prämiensumme zu zahlen. Kornberg ist nach

Niederger.-Act. [8]

zur Zeit der Klagstellung, im September 1864, 55 Jahre 2 Monate alt gewesen, und mithin hat man unter Zugrundelegung von

L. 68 Dig. ad Leg. Falcid. 35, 2.

muthmaßlich eine siebenmalige Prämienzahlung als in Aussicht stehend zu veranschlagen, so daß der Gegenstand der in Rede stehenden Verpflichtung auf Crt. ℔ 771. 12 ß zu schätzen, im Ganzen also ein Streitobject von Crt. ℔ 882. anzunehmen ist.

Dagegen mußte

II. die klägerische Appellation als gegen conforme Entscheidungen der vorderen Instanzen gerichtet, und mithin unstatthaft, verworfen werden.

Die früheren Richter hatten nach dem Inhalt der Parteivorträge zunächst die Frage zu beantworten, ob die vom Kläger vorgelegte, unbestritten vom Beklagten unterzeichnete Notariats-Urkunde, wie der Kläger auszuführen suchte, wenn nicht vollständig und endgültig, doch soweit gegen den Beklagten in Betreff der seinseitigen Uebernahme der Prämienzahlungs-Pflicht beweise, daß demselben nur noch der Beweis des von ihm behaupteten anderen Sachverhalts zu verstatten sei, oder ob, dem beklagtischen Antrage gemäß, jene Urkunde in Berücksichtigung der im Niedergerichts-Verfahren außer Zweifel gestellten, der Unterzeichnung vorangegangenen Verhandlungen und Vorgänge als der Ergänzung

durch klägerischen Beweis in der Richtung bedürftig zu behandeln sei, daß der Beklagte die in Rede stehende Verpflichtung wissentlich übernommen habe resp. als übernommen habe beurkunden wollen.

Diese Frage ist von beiden früheren Instanzen übereinstimmend in dem letzterwähnten Sinne beantwortet worden.

Die hiernach ferner erforderliche Beurtheilung hatte sich auf den Punkt zu richten, wie der Beweissatz, oder, insofern mehreren der vom Kläger vorgebrachten Anführungen Relevanz beizulegen war, die Beweissätze zu bestimmen seien. In Betreff dieses Punktes hat das Ergebniß der Entscheidungen erster und zweiter Instanz darin bestanden, daß beide den Kläger zu dem Beweis des Umstandes zugelassen haben,

> der Beklagte habe dem Notar vor der Anfertigung der fraglichen Urkunde den ausdrücklichen Auftrag ertheilt, in dieselbe auch die in Rede stehende Verpflichtung mit aufzunehmen.

Dagegen ist eine Verschiedenheit jener Entscheidungen insofern vorhanden, daß das Niedergericht dem Kläger, alternativ mit dem Beweise des vorerwähnten Umstandes, den Beweis der beiden Thatsachen copulativ verstattet hat,

> daß der Beklagte sich gegen Kornberg verpflichtet habe, die Prämie ferner zu zahlen, und daß der vollständige Inhalt der Urkunde ihm vom Notar vor der Unterzeichnung vorgelesen worden sei,

während im Obergerichts-Erkenntnisse die letztere dieser beiden Thatsachen ohne das Hinzukommen der ersteren für ausreichend erklärt worden ist, um die Verpflichtung des Beklagten als bestehend anzunehmen.

Die hierin liegende Abänderung des Niedergerichts-Erkenntnisses durch die Obergerichts-Entscheidung, die einzige welche besteht, ist, da sie dem Kläger zum Vortheil gereicht, von diesem selbstverständlich nicht angefochten worden. — Die von ihm aufgestellten Beschwerden betreffen dagegen ohne Ausnahme conform entschiedene Punkte.

Die erste Beschwerde in ihrem ersten Theile: daß nicht der Beklagte ohne Weiteres in das Libellatum verurtheilt sei, ist, abgesehen von dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein conformer Entscheidungen, schon deshalb unzulässig, weil der Kläger eine so weit gehende Beschwerde in zweiter Instanz gar nicht gestellt, sondern principaliter daselbst nur Beweisauflage an den Beklagten beantragt hat.

O.-Ger.-Act. [3.] pg. 8, 9.

Der zweite Theil der ersten Beschwerde, daß nicht auf beklagtischen Beweis, und zwar auf den Beweis des Umstandes erkannt worden sei, der auf die Prämienzahlungspflicht bezügliche Satz sei ohne des Beklagten Wissen und Genehmigung in die Urkunde aufgenommen, stimmt freilich mit der Principalbeschwerde voriger Instanz überein, ist jedoch, da die letztere ausdrücklich vom Obergerichte verworfen, und mithin die Niedergerichts-Entscheidung in dem Punkte, daß der Kläger in Betreff des streitigen Verhältnisses für den beweispflichtigen Theil zu erklären sei, bestätigt worden, offensichtlich gegen zwei in dem betreffenden Punkte conforme Erkenntnisse gerichtet.

Dasselbe gilt nicht minder von der zweiten Beschwerde, daß nicht dem Kläger der Umstand des vom Beklagten an Kornberg ertheilten Versprechens, die Prämie bis an des Letzteren Ableben zu zahlen, als selbstständiger Alternativ-Satz zum Beweise verstellt worden sei. Denn beide früheren Instanzen haben erklärt, daß dem in Rede stehenden Umstande ohne das Hinzukommen anderer Thatsachen keine Relevanz beizulegen sei.

Ohne Grund beruft sich der Kläger, um seine Appellation — so weit es bei derselben auf seine Principalbeschwerde ankommt — als zulässig darzustellen, darauf, daß das O.-A.-Gericht in früheren dem vorliegenden Falle äußerlich ähnlichen Fällen allgemeine Difformität der Entscheidungen der vorderen Instanzen aus dem Grunde angenommen habe, weil, obwohl der nemlichen Partei die Beweislast aufgelegt worden war, die Beweissätze eine verschiedene Formulirung

erhalten hatten. Dies ist freilich in einigen Fällen geschehen, und zwar mußte es in denselben auf Grund derjenigen Erwägungen geschehen, welche an der von dem Kläger citirten Stelle der Juristischen Abhandlungen (Bd. 2. S. 251) zusammengestellt sind; allein unter einer Voraussetzung, welche hier fehlt, unter der Voraussetzung nemlich, daß die Entscheidungen der früheren Richter das streitige Verhältniß als ein einheitliches und untheilbares behandelt hatten, nicht aber aus dem Ergebnisse der Beurtheilung mehrerer trennbarer Streitpunkte hervorgegangen waren. Wo letzteres der Fall war, das zur Entscheidung stehende Verhältniß also auf mehrere trennbare Punkte zurückgeführt werden konnte und zurückgeführt worden war, wo also die Fragen, ob es eines Beweises bedürfe, und eventuell worauf es bei dem aufzulegenden Beweise ankomme, und welche Partei als beweispflichtig zu behandeln sei, abgesondert davon, welche Umstände in den Beweissatz aufzunehmen seien, beurtheilt werden konnten und beurtheilt worden waren, da hat das O.-A.-Gericht bei conformer Beurtheilung jener Fragen seitens der früheren Richter aus der Verschiedenheit der Bestimmung der Beweissätze niemals einen Grund hergenommen, um allgemeine Difformität als vorliegend anzusehen.

Vergl. Juristische Abhandlungen l. c. S. 252. 253. u. z. B. das Erkenntniß in der Hamb. Sache Safft c. Unbescheiden vom 12. Febr. 1851 (Hamb. Samml. Band 1. S. 5 ff.)

Daß im vorliegenden Falle die Frage, ob die Notariats-Urkunde den Kläger der an sich ihm obliegenden Beweispflicht in Betreff seines Klaggrundes überhebe, eine von der andern Frage, auf welche Thatsachen eventuell der Beweis des Klägers zu richten sei, trennbare sei, leuchtet von selbst ein. Auch unterliegt es keinem Zweifel, daß beide früheren Instanzen jene erstere Frage als eine selbstständige aufgefaßt haben.

Darauf, daß das Obergericht, außer durch die Gründe, aus welchen das Niedergericht den Kläger für beweispflichtig erklärt hat, noch durch einen ferneren nach Seiner, des Ober-

gerichts, Ansicht schon allein durchschlagenden Grund zu der confirmatorischen Entscheidung sich veranlaßt gesehen hat, kommt es für die Beurtheilung der vorhandenen oder nicht vorhandenen Conformität keineswegs an, da, wie oft ausgesprochen worden ist, es für die Annahme dieser letzteren genügt, wenn die Decisa übereinstimmen, wie abweichend auch die Begründungen derselben gewesen sein mögen.

74. Bremen.

M. W. E. Gildemeister zu Bremen, Kläger, wider **A. G. Hauschildt** daselbst, Beklagten, Grenzstreitigkeiten betreffend.

Entscheidungsgründe
zum Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts
vom 23. October 1865.

Die Appellation mußte wegen fehlender Appellationssumme als unstatthaft verworfen werden.

Beklagter berechnet selbst den Werth des Terrains, woran dem Kläger durch die bisherigen Erkenntnisse der Besitz zugesprochen, für den letzteren auf einen Groten und ist dieser Werth jedenfalls ein sehr geringfügiger, auch wenn es sich um eine Grenzüberschreitung in dem vom Kläger behaupteten Umfange handeln sollte.

Für den Beklagten steht freilich nicht bloß der Werth des fraglichen Terrains zur Frage, sondern, worauf er in den Exceptionalen und in der Duplik aufmerksam macht, es sind außerdem die für den einstweilen abzubrechenden Theil des neuerbauten Bollwerks aufgewendeten Baukosten, sowie die Kosten des Abbruchs und in Verbindung damit der Reparatur des Bollwerks zu berücksichtigen. Indessen giebt er selbst die fraglichen Neubaukosten in den Exceptionalen auf nur 8½ ₰ an, und ist mit Sicherheit anzunehmen, daß die Kosten des Abbruchs und der damit zu verbindenden Repara-

tur des stehenbleibenden Bollwerks sich, wenn sie überhaupt diesen Betrag erreichen sollten, doch nicht viel höher belaufen werden. Hiernach ist die Appellationssumme nicht vorhanden, wenn auf den Werth des Gegenstandes der Beschwerden gesehen wird.

Es ist auch die Appellation nicht aus dem Gesichtspunkte für statthaft zu halten, daß es auf den Werth der Beschwerden nicht ankomme, weil es sich um ein Streitobject von unbestimmtem Werthe handele. Diese Voraussetzung ist nemlich troz des replikarischen Zugeständnisses des Klägers nicht vorhanden, da eine solche Zustimmung des Gegners bedeutungslos ist, wenn der Werth des Streitobjects eine bestimmte Schätzung zuläßt.

Vergl. Kierulff, Entscheidungen des O.-A.-Gerichts zu Lübeck. Jahrg. 1865. № 11.

Dies aber ist vorliegend der Fall; denn sowohl das zur Frage stehende Terrain als auch die aufzuwendenden Baukosten lassen sich genau taxiren. Mithin ist der Gegenstand der Beschwerden, „dessen Werth sich füglich abschätzen läßt", kein unbestimmter im Sinne des § 607 der Bremischen Gerichtsordnung, wie das O.-A.-Gericht noch kürzlich in der Sache Haake w. Stürken (November 1864) erkannt hat.

Irrelevant für die Berechnung des Werths der im gegenwärtigen Processe erhobenen Appellationsbeschwerden ist endlich auch das Vorbringen des Beklagten, der ihm vom Kläger durch den erhobenen Proceß zugefügte Schade belaufe sich auf sicherlich 1000 ℘, da er verhindert werde, an der bestrittenen Stelle seines Bollwerks ein Packhaus zu erbauen. Denn Beklagter intendirt gar nicht, dieses Interesse in dem jetzigen Processe geltend zu machen, so daß dasselbe in keinen Zusammenhang mit seinen jetzt aufgestellten Beschwerden gebracht werden darf.

Diesem gemäß ist die Appellation des Beklagten nicht anher erwachsen.

75. Frankfurt.

Catharine Therese D., Klägerin, wider C. F. G., Beklagten, Schwängerung betreffend.

Die Bestimmungen der Frankfurter Reformation Th. I. tit. 39 enthalten Abweichungen vom gemeinen Rechte bloß hinsichtlich des zugeschobenen Eides, nicht in Betreff des Reinigungseides.

Die Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 26. October 1865 äußern sich hierüber folgendermaßen:

Wenn Beklagter mit seiner principalen Beschwerde die Abweisung der Klage darum begehrt, weil in Gemäßheit der Reformation I. 39. § 13 und 14 die Eidesdelation nur dann zulässig sei, wenn der Kläger seine Klage „etlicher Maßen, doch unvollkömmlich" bewiesen oder „einige ansehnliche oder starke Vermuthung" für sich habe, es hieran aber bei der Beweisführung der Klägerin ermangele, so ist allerdings die angeführte Beschränkung der Reformation in Betreff des Gebrauchs der Eideszuschiebung durch das Gesetz vom 15. December 1829 in Schwängerungsklagsachen bei Bestand gelassen worden; aber Beklagter übersieht, daß die fraglichen Bestimmungen der Reformation sich lediglich auf die Fälle beziehen, wenn „die Parteien selbst in Mangel der Beweisung" sich der Eidesdelation bedienen, nicht aber auf die Fälle Anwendung finden, in denen der Richter der einen oder andern Partei den Eid „zuertheilt." Für die vom Richter aufgelegten Eide normiren vielmehr die Vorschriften in I. 39. § 7—12 der Reformation, und wird in § 13 pr. der Richter ausdrücklich angewiesen, den Eid nach seinem „besten Bedünken" aufzulegen, der § 9 cit. aber verpflichtet den Richter nach Ge-

stalt der Sachen auf den Reinigungseid des Probaten zu erkennen, damit er „seine Unschuld betheuern und alles bösen Verdachts und Argwohns sich erledigen könne.“ Hiernach weicht die Reformation in Betreff des Reinigungseides vom gemeinen Rechte durchaus nicht ab, sondern nur in Betreff des zugeschobenen Eides, bezüglich dessen sie die zur Zeit ihrer Abfassung vorherrschende Theorie adoptirte, daß die Eidesdelation der richterlichen Bestätigung bedürfe und diese nur dann eintrete, wenn dem Deferenten bereits einige Beweisung oder Vermuthung zur Seite stehe.

Vergl. Zimmermann, der Glaubenseid, S. 337 bis 341.
Entscheidungen des O.=A.=Gerichts in Frankfurter Sachen Keller c. Geyer (4. Dec. 1847) u. Jannert c. Walther (15. Oct. 1850.)

Da es sich nun vorliegend um einen dem Beklagten vom Richter aufgelegten Reinigungseid handelt, nicht um die eventuelle Eidesdelation der Klägerin, so kann es dahin gestellt bleiben, ob die letztere soviel bewiesen habe, daß sie sich der Eideszuschiebung bedienen durfte, es kann sich nur fragen, ob die Erkennung des Reinigungseides gerechtfertigt sei.

Diese Frage muß bejahet werden. Denn wenn es allerdings auch richtig ist, daß alle von der Klägerin gegen den Beklagten angeführten Momente, jedes einzelne Moment für sich betrachtet, mit der völligen Unschuld des letzteren in Beziehung auf die fragliche Paternität möglicher Weise bestehen können, so erscheinen dieselben doch in ihrer Verbindung mit einander erheblich genug, einen Verdacht gegen den Beklagten und eine Vermuthung zu Gunsten der Klägerin zu begründen. Dieses aber genügt, um auf einen Reinigungseid des ersteren zu erkennen.

C. 36. § 1. X. de jurejurando (2, 24.)

— — — — — — — — — — — — — — — —

76. Bremen.

Dr. Hermann Henrich Meier zu Bremen, als Concurscurator von Lür Schwartjes in Grambcke, Kläger, wider Heinrich August Hoyer zu Hoya, Beklagten, Forderung aus Obligationen, jetzt Aufhebung einer ergangenen Verurtheilung betreffend.

Executivproceß nach Bremischem Recht. In solchem ist der Kläger zur Liquidestellung des Klaggrundes nicht auf den Urkundenbeweis beschränkt, sondern er darf sich daneben auch auf ein Zugeständniß des Gegners stützen und diesem zu dem Ende den Eid zuschieben.

Rechtsfall. Der jetzige Beklagte, Hoyer, dem Erlaubniß zur Ladung mit kurzer Frist ertheilt war, ließ Lür Schwartjes auf den 12. September 1864 vor das Ober-Gericht citiren, um sich „über den Inhalt der abschriftlich insinuirten Klage rechtsbeständig zu erklären." In dieser Klage hatte der Kläger auf verschiedene, ihm von einem gewissen Stern cedirte Obligationen des Beklagten zum Betrage von Ldor.-₰ 3500, auf die geschehene Kündigung und Anerkennung derselben von Seiten des Beklagten Bezug genommen, und dabei erklärt, daß er auf Grund der liquiden Urkunden im Executivproceß die Verurtheilung des Gegners beantrage, und zu diesem Behufe die Urkunden auf der Gerichtskanzlei deponirt habe.

In diesem Termine vom 12. September 1864 erschien der Beklagte persönlich. In dem betreffenden Protocolle heißt es nur, er habe „confitirt" und um Zahlungsfrist von 4 Wochen gebeten, worauf dann, da der Kläger widersprach, eine Verurtheilung zur Zahlung in 8 Tagen erfolgte.

Als dann am 6. October 1864 der Kläger wegen nicht geleisteter Zahlung Execution gegen den Beklagten beantragte, wollte Letzterer, nunmehr durch einen Rechtsbeistand vertreten, Einreden vorschützen und zu dem Ende Restitution gegen die am 12. September erfolgte Verurtheilung beantragen. Er ward indessen mit seiner Opposition sofort zurückgewiesen und die Execution dem klägerischen Antrage gemäß verfügt, da er „nach § 150 und 151 der G.-O. mit seinen heute vorgebrachten Einreden ausgeschlossen sei und es zu einer in integrum restitutio gegen das Decret vom 12. September an einer genügenden caussa fehle."

Inzwischen trat der Concurs des Beklagten ein und es kam nun zur gegenwärtigen Klage, indem sein Curator auf den 19. December 1864 zur Anstellung derselben den jetzigen Beklagten, Hoyer, citiren ließ.

In dieser Klage wird die Behauptung aufgestellt, daß der klägerische Curande aus verschiedenen, hier nicht weiter in Betracht kommenden Gründen auf die Obligationen höchstens Ldor.-℔ 500. schuldig sei und gebeten, die am 12. September im Vorproceß ergangene Verurtheilung nur bis zu diesem Betrage aufrecht zu erhalten. Berechtigt sei man zu dieser Bitte, da die jetzigen Behauptungen als Einreden im Executivproceß nicht hätten vorgeschützt werden können, indem dieselben nicht sofort liquid zu machen gewesen seien; es sei indeß dem im Executivproceß Verurtheilten unbenommen, seine Vertheidigungsgründe im Wege der Nachklage geltend zu machen.

Mit dieser Klage ward der Kläger unter dem 6. März 1865 vom Ober-Gericht abgewiesen, und als die Sache mit Uebergehung der Revisionsinstanz auf klägerische Appellation an das Ober-Appellationsgericht gelangte, hat auch dies Letztere durch Erkenntniß vom 31. October 1865 den Anspruch des Klägers für unbegründet erklärt.

Entscheidungsgründe.

Das vorige Urtheil hat den Beklagten um deswillen freigesprochen, weil der von diesem als Kläger im Vorproceß

in seiner Klagschrift beantragte Executivproceß in dem vorliegenden Falle nicht in seiner Reinheit durchgeführt sei. Diese soll sich in der auf Erklärung über die Echtheit der vorgelegten Urkunden gerichteten Klagbitte kundgeben, während in dem Insinuationsdocument der Beklagte zu einer Erklärung über den Inhalt der Klage geladen sei. Die Auslassung des damaligen Beklagten, er confitire, habe sich daher auf den Inhalt des gegnerischen Anspruchs beziehen müssen, und das Gericht würde die Grenzen seiner erlaubten Amtsthätigkeit überschritten haben, hätte es den damaligen Beklagten nur zu einer Erklärung über die Echtheit der Urkunden auffordern wollen. Allein dieser Auffassung konnte in Beihalt der Entscheidungen des O.-A.-Gerichts zur Sache

v. Tungeln Wittwe Erben w. Winkelmann Erben 18. Decbr. 1856 u. Mayer w. Goslar 16. Mai 1863,

nicht durchgängig beigetreten werden. Denn wenn auch in jener Sache Proceßgesuch, eventuell Mittheilungsdecret für die Anstellung dieses Processes als maßgebend genannt werden, so kommt es doch, wie gleichfalls daselbst hervorgehoben, nur dann darauf an, wenn nicht ausdrücklich gesagt ist, man wolle im Executivproceß klagen, und es soll die bloße Production einer Urkunde zur Liquidestellung der Klage nicht ohne Weiteres zu der auf dessen Anstellung gerichteten Annahme berechtigen. Und diese Grundsätze sind in der zweiten Sache mit dem Zusatz wiederholt, daß, wenn in der Klage die Anstellung des Executivprocesses unklar, in der Replik aber die Einlassung auf Einreden unter Vorbehalt des Executivprocesses erfolgt und dagegen in der Duplik nichts eingewandt ist, der Executivproceß bei Kräften bleibt. Ist also, wie vorliegend geschehen, in der Klagschrift ausdrücklich gesagt, man wolle im Executivproceß klagen, und bitte um die Verurtheilung seines Gegners, so ändert sich dadurch, daß in dem Insinuationsdocument eine Erklärung auf den Inhalt der Klage verlangt ist, an dem angestellten Executivproceß durchaus nichts; denn der Antrag auf Executivproceß bildet ebenfalls einen Theil dieses Inhalts.

Dagegen mußte andererseits auf Grund der Ansicht, daß der Executivproceß in abstracto in Bremen nicht in völliger Reinheit existirt, das vorige Urtheil bestätigt worden. Denn wenn, wie aus der Erbe- und Handfesten-Ordnung § 155, deren Vorschrift als Ausfluß eines allgemeinen für den Executivproceß geltenden Princips aufzufassen, hervorgeht, der Kläger zur Liquidestellung des Klaggrundes nicht auf den Urkundenbeweis beschränkt ist, sondern sich daneben auf ein Zugeständniß des Gegners stützen, und diesem zu dem Ende den Eid zuschieben darf, so ergiebt sich daraus, daß in dem Bremischen Executivproceß die Ladung an den Beklagten nicht bloß auf eine Erklärung über die vorgelegten Urkunden, sondern zugleich auf eine Erklärung über die Existenz der Forderung gerichtet erscheint. Hiedurch erhält aber ein von dem Beklagten zu Protocoll abgelegtes reines Geständniß nothwendig eine andere Bedeutung, nemlich die einer vorbehaltlosen Anerkennung der gegnerischen Forderung. Fehlt es also an Momenten, aus denen sich ergiebt, daß die Anerkennung sich nicht auf die Forderung, sondern lediglich auf die vom Gegner producirten Urkunden beziehen sollte, so muß Ersteres angenommen werden. Ein derartiger Fall liegt hier vor, und zwar um so mehr, als der Beklagte im Vorproceß sich neben seinem Zugeständniß auf die Bitte einer geraumen Zahlungsfrist beschränkt und hiedurch indirect anerkannt hat, daß er keine weiteren Einwendungen gegen die Rechtsbeständigkeit der geltend gemachten Forderungen erheben wolle. Auch hat die gleiche Auffassung des Sachverhältnisses bereits im Vorproceß in dem Decret vom 10. October 1864 mittelst Bezugnahme auf §§. 150. 151 der Gerichts-Ordnung eine Anerkennung gefunden.

---

77. Bergedorf.

Procurator **Reppenhagen** in Bergedorf, Namens **Maria Stühlmacher** oder **Stöhlmacher**, im Beistand ihres Vaters, aus Grünhof, Kläger, wider **Heinrich Franck** in Geesthacht, Beklagten, Ansprüche aus Schwängerung betreffend.

Unzulässigkeit des aus der körperlichen Reife des außerehelich gebornen Kindes gegen die gesetzliche Präsumtion der Paternität hergeleiteten Gegenbeweises.

Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 31. October 1865.

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 28. April 1865, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu bestätigen sei, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Das Vorhandensein der Appellationssumme konnte nach dem klaren Wortlaut des § 15 Abs. 2 der Verordnung vom 9. beziehungsweise 14. Juni 1841*) nicht bezweifelt wer-

---

*) In privatrechtlichen Streitigkeiten ergeht die Appellation der Partei, die sich durch ein Erkenntniß des Obergerichts für beschwert erachtet, an das Ober-Appellationsgericht in dritter und letzter Instanz, und zwar

1) — — — — — — — — — — — — — — — —

2) Bei bestimmtem Geldwerth aber, und wenn alsdann das Obergericht die Entscheidung der ersten Instanz in allen Punkten bestätigt hat, nur in Sachen, die über 500 ℔ Capital oder über 25 ℔ jährlicher Einkünfte betragen; falls hingegen das Obergericht nicht völlig bestätigt hat, auch schon in Sachen, die einen Werth von mehr als 200 ℔, oder von mehr als 10 ℔ jährlicher Einkünfte haben.

den, da das Obergericht das Erkenntniß des Amtsgerichts nicht völlig bestätigt hat, und es mithin nur eines hier vorhandenen Werths der Sache von 200 ℔ bedarf, darauf aber, ob die Bestätigung den in gegenwärtiger Instanz in Rede stehenden Punkt betrifft, nichts ankommt.

Zu einer Abänderung der Entscheidung des Obergerichts über den Legitimationspunkt der Klägerin von Amtswegen, welche von ihr in der Vernehmlassung gegenwärtiger Instanz beantragt ist, durfte nicht geschritten werden, da nach der Praxis des Ober-Appellationsgerichts auch die Sachlegitimation der Rechtskraft fähig ist, es mithin eines Rechtsmittels bedurft hätte, um eine desfallsige Abänderung herbeizuführen. Selbstständig hat aber die Klägerin nicht appellirt, und in sofern man in ihrem Vorbringen, insonderheit in der Bitte der Vernehmlassung eine Adhäsion zu finden haben sollte, müßte diese als formell unzulässig zurückgewiesen werden, da sie, dem § 135 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung zuwider, nicht denjenigen „Theil" der vorigen Entscheidung betrifft, welcher von dem Gegner angefochten ist.

Anlangend sodann das von dem Beklagten mittelst seiner ersten Beschwerde jetziger Instanz gestellte Verlangen, die Ansprüche der Klägerin aus dem mit ihr gepflogenen Beischlaf durch eine Beweisführung über die Beschaffenheit des von der Klägerin gebornen Kindes beseitigen zu dürfen, indem dessen Reife in Beihalt des zwischen der Geburt und dem stattgehabten Beischlaf verstrichenen Zeitraums von höchstens 209 Tagen die Möglichkeit, daß es dem fraglichen Beischlaf seine Entstehung verdanke, ausschließe, so genügt es zur Beseitigung dieses Verlangens auf die in der

Jurisprudenz des O.-A.-Gerichts in bürgerlichen Rechtssachen aus Lübeck Bd. 1. № 274

verzeichneten früheren Ausführungen des Ober-Appellations-Gerichts, insonderheit deren erste, welche auch schon in

F. Strauß c. unverehelichte Winkel, 31. Januar 1848 (Römer Sammlung Bd. 4. № 157)

rein in Bezug genommen ist, um so mehr zu verweisen, als

die betreffende Streitfrage für eheliche Geburten in den so eben erschienenen

Entscheidungen des O.-A.-Gerichts zu Rostock von Buchka und Budde, 1865. Bd. 5. № 70.

auch unter ausführlicher Darlegung der neueren Literatur entwickelt worden ist. Es genügt daher folgende Bemerkungen hinzuzufügen.

In Betreff der ehelichen Geburten muß es unzulässig erscheinen, den in l. 6 D. de his qui sui 1. 6. für den Fall der Abwesenheit, Zeugungsunfähigkeit, oder überhaupt erwiesenen Nichtvollziehung des Beischlafs von Seiten des Ehemannes zugelassenen Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft auf den Fall dargethaner völliger körperlicher Reife eines im siebenten Monat nach Eingehung der Ehe geborenen Kindes auszudehnen. Mag immerhin das Princip, welches den Vater für die seit dem 182. Tage geborenen Kinder verantwortlich macht, durch eine irrige medicinische Meinung des Hippocrates veranlaßt sein, so steht dasselbe gleichwohl nicht minder fest, da die Irrigkeit des factischen Grundes einer Rechtsregel dieselbe nicht zu beseitigen vermag. Nun ist aber ein im siebenten Monat geborenes Kind nach Paulus l. 12. D. de stat. 1. 5. nicht etwa im factischen medicinischen Sinn ein perfectus partus, sondern vielmehr in dem juristischen Sinn einer allgemein gewordenen Rechtsansicht, welche dem Ansehen des Hippocrates ihre Entstehung verdankt; und auf Grund dieser Rechtsansicht, welche durch eine Constitution des Kaisers Pius ihre letzte Sanction erhalten hat, wird in l. 3 § 12 D. de legit. 38. 16. ein am 182. Tage gebornes Kind für j u s t o tempore geboren erklärt. Mag im medicinischen Sinn der Ausdruck perfectus partus auf dessen Lebensfähigkeit bezogen werden können, im Munde des Juristen ist er eine im R e c h t s s i n n v o l l k o m m e n e Geburt und dieser Sinn ist als Princip allen einzelnen Fragen, welche sich in Betreff der ehelichen Geburt ergeben möchten, zum Grunde zu legen. Es sollte also die betreffende als unumstößlich festgestellte Rechtswahrheit von der

individuellen thatsächlichen Beurtheilung des einzelnen Falles frei sein, und die Frage überall nicht weiter zur Erörterung gebracht werden dürfen, ob ein im siebenten Monat geborenes Kind auch thatsächlich dem Begriff eines perfectus partus entspreche. Soll also in Ansehung der ehelichen Kinder auf Grund verbesserter medicinischer Wahrheiten eingegriffen werden, so darf dies nicht von dem Richter, sondern es muß von der Gesetzgebung geschehen.

Für die außerehelichen Geburten dagegen konnte die römische Jurisprudenz das eben Erörterte nicht gelten lassen, da hier ein anderes Princip maßgebend war, nemlich der Gedanke von der völligen Ungewißheit der Vaterschaft. Die deutsche Rechtsprechung war mithin hier völlig unabhängig von den bei ehelichen Geburten geltenden Grundsätzen. Gelangte dieselbe nun zu der Ansicht, auch auf dem außerehelichen Gebiete eine juristische Vaterschaft zwischen Erzeuger und Kind anzuerkennen, so hatte man hier freie Hand, auf Grund geläuterter medicinischer Ueberzeugungen ein mehr zutreffendes Princip an die Spitze zu stellen, die kritische Zeit bei außerehelichen Kindern anders zu fixiren. Statt aber so zu verfahren, hat man sich in der Praxis lediglich an das im römischen Recht für eheliche Geburten aufgestellte Princip angeschlossen, und dieses auch bei außerehelichen Geburten zur allgemeinen Rechtsansicht werden lassen. Nachdem aber solches geschehen, muß es für unzulässig erachtet werden, dieses dadurch zu beseitigen, daß man die Existenz des römischen Principes angreift, oder dessen Ausdehnung auf außereheliche Geburten bezweifelt. Vielmehr ist auch hier nicht von der Rechtswissenschaft, sondern nur von der Gesetzgebung die geeignete Hülfe zu erwarten.

Endlich mußte noch die zweite Beschwerde des Beklagten in gegenwärtiger Instanz, welche auf Herabsetzung der auf 30 ℔ des Jahres festgestellten Alimente gerichtet ist, verworfen werden, weil dieser Betrag auch bei einem Arbeitsmann und Schiffsknecht nicht für zu hoch gegriffen erachtet werden konnte, und der Umstand, daß der Beklagte bei Be-

messung der Satisfactionssumme in dem ersten Erkenntniß als Zimmergeselle qualificirt ist, bedeutungslos erscheint.

Aus der Verwerfung der Beschwerden des Beklagten folgt dessen Verpflichtung, die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu tragen; und zwar die sämmtlichen Kosten, da ein von der Klägerin ansdrücklich ergriffenes Rechtsmittel nicht zur Beurtheilung verstellt war.

---

78. Lübeck.

Priest Brothers in Hull, Kläger, wider die **Direction der Neuen St. Petersburg-Lübecker Dampfschifffahrts-Gesellschaft** zu Lübeck, Beklagte, Provisionsforderung, jetzt Deposition der streitigen Summe betreffend.

---

1) Wenn das Grundcapital einer Actiengesellschaft theilweise zurückgezahlt werden soll, so haben, ebenso wie im Fall der Vertheilung des Vermögens nach beschlossener Auflösung, die Gläubiger derselben sowie diejenigen, welche noch streitige Forderungen verfolgen, ein Recht auf Sicherstellung, ohne daß eine durch die concreten Umstände begründete Gefährdung ihrer Forderungen nachgewiesen werden müßte. Allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch Art. 202, 245, 248.
2) Der Anspruch darf zunächst auf gerichtliche Deposition des Forderungsbetrags gerichtet werden; will die Gesellschaft statt dessen eine anderweite Sicherheit leisten, so hat sie diese dem gestellten Antrage gegenüber anzubieten und nöthigenfalls als eine angemessene darzulegen.

Rechtsfall. Die Schiffsmakler Priest Brothers in Hull haben gegen die Neue St. Petersburg-Lübecker Dampfschifffahrts-Gesellschaft zu Lübeck bei dem Niedergericht daselbst im

März 1863 eine Provisionsforderung für Vermittlung des Verkaufs zweier Dampfschiffe klagend geltend gemacht. Die beklagte Direction, vom Niedergericht am 12. Septbr. dess. J. in der Hauptsache verurtheilt, erlangte in zweiter Instanz, am 28. Mai 1864, ein reformatorisches, die Klage abweisendes Erkenntniß. Die Kläger appellirten dagegen an das O.-A.-Gericht, zeigten hier am 1. Juli 1864 an, daß die beklagte Direction einer öffentlichen Ankündigung zufolge im Begriff stehe, in den nächsten Tagen den sechsten Theil des Grundcapitals der Gesellschaft (10 Silber-Rubel per Actie) ohne Weiteres an die Actionaire zurückzuzahlen, und stellten unter Bezugnahme auf Art. 202, 243, 245, 248 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs den Antrag, die beklagte Direction zur gerichtlichen Deposition des auf Crt. ℔ 19,250. berechneten Forderungsbetrages anzuhalten, bis dahin ihr die Capitalrückzahlung bei namhafter Strafe zu untersagen, und dieses Verbot als ein vorläufiges sofort zu verfügen. Das O.-A.-Gericht verwies mittels Bescheides vom folgenden Tage den gestellten Incident-Antrag zur Verhandlung und Entscheidung an das (inzwischen seit dem 1. März 1864 in Wirksamkeit getretene) Handelsgericht, unter der gleichzeitigen Auflage an die beklagte Direction, sich bei persönlicher und solidarischer Haftung ihrer Mitglieder bis zur Erledigung des klägerischen Antrages der Auszahlung von Capitalraten zu enthalten, sofern sie nicht vorziehe, den Betrag von Crt. ℔ 19,250. sofort zu deponiren oder deshalb Caution zu bestellen.

Die angekündigte Capitalrückzahlung wurde indessen am 4., 5. und 6. Juli wirklich geleistet. Die beklagte Direction bestritt den, nunmehr vor dem Handelsgericht verfolgten Antrag aus mehreren Gründen, namentlich weil nach dem Stande des Gesellschaftsvermögens von einer Gefahr für die Kläger nicht die Rede sein könne, und erklärte schließlich: die Directions-Mitglieder hätten bereits durch ihr Verhalten dem Decrete des O.-A.-Gerichts vom 2. Juli gegenüber zu erkennen gegeben, daß sie die gesetzliche Verantwortlichkeit,

nemlich ihre persönliche und solidarische Haftung, zu übernehmen und zu tragen vollkommen bereit seien.

Es erging nun

1) handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 29. September 1864,

welches die Kläger mit ihrem Antrage unter Verurtheilung in die Kosten abwies, indem die in Art. 248 des H.-G.-B. berührte theilweise Zurückzahlung des Grundcapitales, mit Rücksicht auf den Abschnitt, in welchem der Artikel stehe, sich nur auf den Fall der eingeleiteten Auflösung einer Gesellschaft beziehen könne, auch die von den Klägern gewollte Auslegung eine kaum zu rechtfertigende Beschränkung in den Bewegungen der Actiengesellschaften zur Folge haben würde, ferner zwar selbstverständlich der Fall, wo das Interesse eines Gläubigers wirklich gefährdet sein sollte, nach allgemeinen Rechtsprincipien zu berücksichtigen bleibe, eine wirkliche Gefährdung ihres Interesses aber von den Klägern gar nicht behauptet worden sei, überdies endlich die fragliche Auszahlung bereits geschehen und von den derzeitigen Directoren die persönliche Verantwortung dafür übernommen worden sei, weshalb es an jedem weiteren Gegenstande der Klage mangele.

Auf Appellation der Kläger, und nachdem ein dabei angebrachtes Recusationsgesuch durch Urtheil des O.-A.-Gerichts vom 8. December 1864 *) seine Erledigung gefunden hatte, erfolgte

2) obergerichtliches Erkenntniß
vom 25. Januar 1865,

wodurch das Erkenntniß erster Instanz aus folgenden Gründen bestätigt wurde.

Der Ansicht des Handelsgerichtes, daß Art. 248 des H.-G.-B. nur auf den Fall einer Auflösung der Actiengesellschaft zu beziehen sei, könne, da eine theilweise Zurückzahlung des Grundcapitales von diesem Falle der Natur der

*) Vergl. Wunderlich, die Jurisprudenz des O.-A.-Gerichts in bürgerlichen Rechtssachen aus Lübeck. Bd. 2 S. 382 ff.

Sache nach weſentlich verſchieden ſei, auch die Protocolle der Berathungs-Commiſſion die Unterſcheidung beider Fälle beſtätigten, nicht beigepflichtet werden.

Dagegen müßten die beiden letzten Entſcheidungsgründe des Handelsgerichts für vollkommen zutreffend erachtet werden. Nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht, welches nach Art. 1 des H.-G.-B. auch in Handelsſachen ſubſidiariſch anzuwenden ſei, könnten theoretiſch begründete Rechte, auch obligatoriſche, nur unter der Vorausſetzung eines wirklich vorhandenen praktiſchen Intereſſes gerichtlich geltend gemacht werden, ein Grundſatz, welcher gerade für Fälle verlangter Sicherheitsbeſtellung in

l. 3. § 1. D. ut in possess. legat. (36, 4)

noch ganz beſonders in Erinnerung gebracht ſei. Damit ſtänden auch die von den Klägern angezogenen Artikel des H.-G.-B. um ſo mehr in Einklang, als es ſich dabei nur um wirkliche Sicherung der Gläubiger handle. Da die Schlußworte des Art. 202 die nur aus ſtyliſtiſchen Gründen veränderte Faſſung eines von der Berathungs-Commiſſion angenommenen Antrages ſeien, welcher ſo gelautet habe:

„das Vermögen darf nicht weiter vertheilt werden, als mit der Sicherſtellung laufender Verbindlichkeiten verträglich iſt,“

ſo dürfe wohl angenommen werden, daß der Art. 248 auf einen Fall, worin das nach der theilweiſen Zurückzahlung noch übrig bleibende Vermögen einer Actiengeſellſchaft zur Sicherſtellung ihrer Verbindlichkeiten vollſtändig ausreiche, ſich überall nicht habe beziehen ſollen. Die über das Vermögen der beklagten Geſellſchaft von der Direction gemachten Angaben ſeien von den Klägern nicht beſtritten worden. Zu der darin liegenden Sicherſtellung komme aber noch die perſönliche und ſolidariſche Haftung aller Vorſtands-Mitglieder, worauf die beklagte Direction unter Angabe der Gründe, die die Befolgung des O.-A.-Gerichts-Beſcheides vom 2. Juli 1864 unthunlich gemacht hätten, ausdrücklich hingewieſen habe. Nach der darüber vor dem Handelsgericht abgegebenen Erklä-

rung werde jene Haftung ähnlich einer von den Directoren freiwillig übernommenen Bürgschaft. Uebrigens hätten die Kläger nirgends bestritten, daß solche Haftung dieser Directoren eine ihrer Forderung angemessene Sicherheit sei. Wenn in dieser Lage der Sache eine anderweitige Sicherstellung angeordnet würde, so wäre dies nach Analogie von

l. 4. D. ut in possess. legat.

gleichbedeutend mit der Erklärung, daß die von den Directoren gewährte Sicherheit zur Zeit ungenügend sei, einer Erklärung, wozu kein factischer Grund vorliege.

3) Oberappellationsgerichtliches Urtheil vom 9. October 1865.

(Auf Appellation der Kläger.)

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichtes der freien Hansestadt Lübeck vom 25. Januar d. J. wieder aufzuheben, und die beklagte Direction schuldig sei, den Betrag der libellirten Forderung mit Crt. ℔ 19,250. binnen acht Tagen zu Gunsten der Kläger bis zu ausgemachter Hauptsache beim Handelsgerichte zu deponiren, auch den Klägern die durch das gegenwärtige Incidentverfahren in erster Instanz veranlaßten Kosten zu erstatten. Die Kosten zweiter und dritter Instanz u. s. w.

Entscheidungsgründe.

In ihrer ersten Beschwerde voriger und jetziger Instanz haben die Kläger beantragt, daß die beklagte Direction unter angemessenem Präjudiz schuldig erkannt werde, den Betrag der Klagforderung mit Crt. ℔ 19,250. oder wieviel weniger zu Gunsten der Kläger bis zu ausgemachter Hauptsache beim Handelsgericht zu deponiren. Und diese Beschwerde mußte für begründet erachtet werden, womit sich die zweite eventuelle Beschwerde von selbst erledigt.

Daß der vorliegende Fall nach den Vorschriften des, mit dem 1. März 1864 zu Lübeck in Kraft getretenen, Allgemeinen

Deutschen Handelsgesetzbuches zu beurtheilen sei, wird von dem Sachführer der Beklagten in jetziger Instanz nicht weiter bestritten, und konnte auch keinem Zweifel unterliegen, da die Veränderung in dem Vermögensstand der beklagtischen Gesellschaft, wodurch der jetzt fragliche Incident-Antrag der Kläger hervorgerufen worden ist, in die Zeit nach dem 1. März 1864 fällt, und das Einführungsgesetz vom 26. October 1863 (vergl. insbesondere Art. 24 desselben) keine hier anwendbare Einschränkung der Wirksamkeit des Gesetzbuches enthält.

Alle Gründe aber, welche dem auf Art. 248 des Handelsgesetzbuches gestützten Antrage der Kläger entgegengesetzt worden sind, stellten sich als unhaltbar dar.

I. Die Ansicht des Handelsgerichtes, daß die Vorschrift des Art. 248 sich nur auf den Fall einer (durch vorläufige Zurückzahlung eines Theiles des Grundcapitals eingeleiteten) Auflösung von Actiengesellschaften beziehe, ist bereits vom Obergericht genügend widerlegt worden.

II. Von Seiten der Beklagten ist als Haupteinwand geltend gemacht worden: die von den Klägern beantragte Deposition setze, wie jede arrestatorische oder richterliche Sicherungsmaßregel, eine concrete Gefährdung des Interesses der Antragsteller voraus, und daran fehle es nach der dermaligen Vermögenslage der beklagtischen Gesellschaft gänzlich.

Nach den Bestimmungeu des Handelsgesetzbuches muß jedoch der von den Klägern erhobene Anspruch auf Deposition als ein von dem Dasein einer besonderen Gefahr für ihre eventuelle Befriedigung völlig unabhängiger anerkannt werden, so daß die Frage, ob die Kläger nach den concreten Umständen und dem jetzigen Vermögensstand der beklagten Gesellschaft wirklich gefährdet erscheinen könnten, gar nicht in Betracht kommt. Das ergiebt

1) schon der unzweideutige Inhalt der betreffenden Artikel des Handelsgesetzbuches selbst.

Der Art. 248 erklärt im zweiten Absatz in Bezug auf alle Actiengesellschaften, daß eine theilweise Zurückzahlung des Grundcapitals an die Actionaire nur unter Beobachtung

derselben Bestimmungen erfolgen könne, welche für die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung maßgebend seien, wobei ausdrücklich auf Art. 243 und 245 verwiesen wird. Diese beiden Artikel aber setzen zunächst mehrere formale Obliegenheiten fest — Eintragung in das Handelsregister, dreimalige Bekanntmachung in öffentlichen Blättern, verbunden mit einer Aufforderung der Gläubiger zur Anmeldung, und Abwarten eines Jahres von der dritten Bekanntmachung an —, und schreiben dann durch specielle Zurückbeziehung auf Art. 202 Abs. 2 u. 3 weiter ein Doppeltes vor: einmal, daß bekannte Gläubiger durch besondere Erlasse zur Meldung aufzufordern, und wenn sie sich nicht melden, ihre Forderungsbeträge gerichtlich niederzulegen seien; sodann, daß das Letztere (gerichtliche Deposition) auch in Ansehung der noch schwebenden Verbindlichkeiten und streitigen Forderungen geschehen müsse, sofern nicht die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens bis zu deren Erledigung ausgesetzt bleibe, oder den Gläubigern eine angemessene Sicherheit bestellt werde. Für die Beobachtung dieser Vorschriften werden im Schlußsatz des Art. 245 wie des Art. 248 die Mitglieder des Gesellschaftsvorstandes und Liquidatoren persönlich verantwortlich gemacht.

Hiernach ist es klar, daß die Vorsorge für die Gläubiger einer Actiengesellschaft dieselbe sein soll im Fall einer theilweisen Zurückzahlung des Grundcapitals, gleichsam einer theilweisen Auflösung der Gesellschaft, wie im Fall der Vertheilung des Vermögens bei gänzlicher Auflösung, und daß insbesondere zu Gunsten derjenigen, welche noch streitige Forderungen erhoben haben, der Gesellschaft, falls vor Erledigung des Streites zur Vertheilung resp. Zurückzahlung geschritten werden soll, die Pflicht auferlegt ist, den Forderungsbetrag gerichtlich zu deponiren oder sonst eine angemessene Sicherheit dafür zu bestellen. Diese Pflicht ist aber unbedingt und für jeden Fall einer theilweisen Zurückzahlung des Grundcapitales ausgesprochen, ohne einer aus besondern Umständen erwachsenden Gefahr des Gläubigers auch

nur zu erwähnen, und ohne überhaupt von der verschiedenen Gestaltung der concreten Sachlage, von dem mehr oder weniger günstigen Vermögensstande der Gesellschaft, irgend etwas abhängig zu machen. Wenn der Sachführer der Beklagten meint, der letzte Absatz des Art. 202 ergebe entschieden, daß die Depositionspflicht keine absolute sein, vielmehr nur dann und insoweit eintreten solle, als für die Gesellschaftsgläubiger eine wirkliche Gefährdung ihres Interesses vorliege, so ist das nicht wohl verständlich. Denn die bezeichnete Gesetzstelle macht nur den zweifachen Vorbehalt, daß die Depositionspflicht wegfalle, wenn die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens bis zur Erledigung der streitigen Forderung ausgesetzt bleibe, und daß statt der baaren Deposition auch eine anderweite angemessene Sicherheit bestellt werden könne. Der erste Vorbehalt enthält keine Modification der Depositionspflicht, sondern nur die nähere Erläuterung, daß eine sich auflösende Gesellschaft durch Aussetzung der Vermögensvertheilung den alleinigen Anlaß zu einer Sicherstellung der Gläubiger beseitigen könne. Der andere Vorbehalt betrifft lediglich die Art der Sicherheitsleistung, und giebt der Gesellschaft die Befugniß, an die Stelle baarer Deposition ein anderes Sicherungsmittel zu setzen. Daß dagegen den mit streitigen Forderungen aufgetretenen Gläubigern, sobald es zur Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder theilweisen Capitalrückzahlung kommen soll, überhaupt eine „angemessene Sicherheit" bestellt werden müsse, sei es durch Deposition oder in anderer Weise, das ist ganz unbedingt ausgesprochen, und von besonderen, neben jener Veränderung des Gesellschaftsvermögens noch vorausgesetzten Umständen ebenso wenig die Rede, als von einer etwaigen Ausnahme für den Fall, daß nachweislich die gedachte Veränderung nach Lage der Sache, z. B. wegen günstigen Vermögensstandes der Gesellschaft, keine Gefährdung für die Gläubiger besorgen lasse. Auch wäre es, wenn auf die Verschiedenheit der concreten Umstände etwas ankommen sollte, ganz ungeeignet gewesen, den Fall einer theilweisen Zurückzahlung des Grundcapitals

mit dem der Auflösung der Gesellschaft ganz gleich zu behandeln, indem der Unterschied zwischen einer bloßen, vielleicht geringfügigen, Verminderung und der gänzlichen Entziehung des Executions-Objectes dabei nicht unbeachtet hätte bleiben können. Dazu kommt endlich, daß die Depositionspflicht nicht einmal von einem Antrag der Gläubiger abhängig gemacht, sondern den Gesellschaftsvorständen ohne Weiteres bei eigener Haftung auferlegt worden ist, während es doch, wenn es auf die concreten Umstände ankäme, zunächst der Erwägung jedes Gläubigers überlassen sein müßte, ob er sich für gefährdet erachte und eine Sicherstellung in Anspruch nehmen wolle oder nicht. Ueberhaupt hätte die sehr kategorisch gefaßte Vorschrift des Art. 202 Abs. 3, allem eben Gesagten zufolge, gar nicht so lauten können, wenn damit bloß auf die Möglichkeit einer von den Gläubigern je nach Umständen, nach Maßgabe des gemeinen Rechtes, zu erwirkenden arrestatorischen Maßregel hätte hingewiesen werden sollen.

2) Die vorstehende Auffassung wird auch durch die Entstehungsgeschichte der betreffenden Artikel unterstützt. Schon der Umstand, daß sämmtliche hierher gehörige Stellen (Art. 202 Abs. 3, Art. 245 Abs. 3, Art. 248) eine Aenderung des den Commissionsberathungen zu Grunde gelegten Preußischen Entwurfes enthalten und nach wiederholter Deliberation aus einer Vermittlung entgegenstehender Anträge hervorgingen,

vergl. Protokolle Th. I. S 310—312. 365— 367. 388.

ist von Erheblichkeit, und bestärkt die Ueberzeugung, daß die unbedingte Sicherstellungsverbindlichkeit, welche in der schließlichen Fassung des Gesetzentwurfes ausgedrückt ist, ganz diesen bestimmten Worten entsprechend beabsichtigt wurde.

Sodann ist es irrig, wenn das Obergericht darum, weil die jetzigen Schlußworte des Art. 202 durch folgenden von der Commission angenommenen Antrag:

„das Vermögen darf nicht weiter vertheilt werden, als mit der Sicherstellung laufender Verbindlichkeiten verträglich ist,“

veranlaßt worden seien und nur eine stylistische Aenderung desselben enthielten, eine restrictive Erklärung des Art. 248 folgern zu können glaubt. Die eben ausgehobenen Worte bilden nur den zweiten Theil eines umfassenderen Amendements, in welchem unmittelbar vorher die Pflicht, den Betrag streitiger Forderungen zu deponiren, ohne allen Vorbehalt ausgesprochen war; und ein directer Widerspruch hiemit kann unmöglich vorausgesetzt werden. Das ganze Amendement bezog sich zunächst nur auf die Auflösung einer Actiengesellschaft, für welchen Fall die ausgehobenen Worte sich ungezwungen als eine ausdrückliche Bestätigung dessen, was implicite schon im ersten Theil des Amendements lag, verstehen lassen. Zwar war schon früher (Prot. S. 312) beschlossen worden, daß bei theilweiser Zurückzahlung des Grundcapitals die Rechte der Gläubiger in ähnlicher Weise, wie dies bei Auflösung der Gesellschaft in Art. 201 f. des Preußischen Entwurfes angeordnet werde, zu wahren seien. Allein der Preußische Entwurf enthielt, auch für den Fall der Auflösung, noch nichts von einer Deposition streitiger Forderungsbeträge. Erst nach der Annahme des erwähnten Amendements (Prot. S. 366 f.) konnte also die Frage entstehen, ob und wie dasselbe auf den Fall theilweiser Capital-Rückzahlungen gleichfalls Anwendung zu finden habe; und da diese Frage bei Berathung und Annahme des Amendements nicht zur Sprache kam, so fiel ihre Berücksichtigung zunächst der Redactionscommission zu, welche gerade darin vielleicht einen Grund mehr gefunden haben kann, den ohnehin unklaren zweiten Theil des Amendements (die oben ausgehobenen Worte) sachgemäß umzuformen, wozu dieselbe durch die ihr ausdrücklich vorbehaltene „definitive Feststellung" ermächtigt war, und wozu schon der gleich nach Annahme des Amendements zu Protocoll gegebene Redactionsvorschlag eines einzelnen Abgeordneten (S 367) speciellen Anlaß gab. Bereits der Commissions-Entwurf erster Lesung enthielt denn auch wesentlich die nachher zum Gesetz erhobene Fassung der jetzigen Art. 202, 245, 248. (Vergl. Prot. S. 1072.)

Dagegen ist es unverkennbar von großer Erheblichkeit, daß der Preußische Entwurf in seinem Art. 179 jede Verkleinerung des Grundcapitals einer Actiengesellschaft durch Rückzahlung an die Actionäre gänzlich untersagt hatte, weil man, wie die Motive (zu Art. 153, 174, 179) ergeben, davon ausging, daß während des Bestehens der Gesellschaft den Gläubigern kein Theil des ihnen verhafteten Gesellschaftsvermögens entzogen werden dürfe. Bei der Berathung wurde einerseits hervorgehoben, daß eine solche Vorschrift allzu beengend sei, andererseits aber eben so bestimmt, daß bei Actiengesellschaften eine Garantie der Gläubiger gegen Beseitigung der Mittel für ihre Befriedigung geradezu unentbehrlich sei, weil die Gläubiger nicht den Personen der Gesellschafter, sondern dem zusammengeschossenen Vermögen vertrauten. Man konnte nicht umhin, beide Erwägungen als wohlberechtigt anzuerkennen, und eben das führte zu dem vermittelnden Beschluß, eine theilweise Zurückzahlung des Grundcapitals zwar für zulässig zu erklären, dabei jedoch die Rechte der Gläubiger in ähnlicher Weise, wie im Fall der Auflösung der Gesellschaft, zu wahren. (Prot. S. 311 f.)

Diese Vorsorge wurde dann nicht bloß eine ähnliche, sondern eine völlig gleiche. Im Fall der Auflösung aber verdankte die beschlossene Sicherstellungspflicht ihre Entstehung dem Bedenken, daß die Bestimmungen des Preußischen Entwurfes — nach denen es jedem Gläubiger überlassen geblieben wäre, innerhalb des vor Vertheilung des Vermögens abzuwartenden Jahres für seine Befriedigung oder Sicherstellung selbst zu sorgen — für die Gläubiger nicht günstig genug seien. (Prot. S. 365 f.)

Dieser Entwickelungsgang läßt nicht bezweifeln, daß der Grundsatz, es dürfe den Gläubigern von dem ihnen haftenden Gesellschaftsvermögen nichts entzogen werden, überall zur Basis genommen, und eine Ausnahme davon nur insoweit für zulässig gehalten wurde, als durch ausreichende Sicherheitsleistung an die Gläubiger jede denkbare Gefährdung der letzteren verhütet werden würde.

3. Der Auffassung der Art. 202, 245, 248 im Sinne absoluter Sicherstellungspflicht ist vom beklagtischen Sachführer wie vom Handelsgericht auch noch entgegengesetzt worden, daß sie eine kaum zu rechtfertigende Beschränkung in den Bewegungen der Actiengesellschaften mit sich führen würde. Allein wo Sinn und Absicht des Gesetzgebers sich so bestimmt ermitteln lassen, wie es nach der Ausführung sub 1 und 2 hier der Fall ist, da kann die Auslegung durch bloße Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit der Vorschrift nicht wankend gemacht werden. Ueberdies wird aber bei dem Einwand nicht beachtet, daß eine ungehinderte Bewegung in dem Betrieb der Actiengesellschaften doch nur soweit begünstigt werden durfte, als sie mit den Rechten der Gesellschaftsgläubiger verträglich ist. Wie bereits erwähnt, vertraut der Gläubiger nicht den Personen der Gesellschafter, sondern dem zusammengeschossenen Vermögen; und wenngleich er der freien Bewegung dieses Vermögens innerhalb der Zwecke und zum Behuf der statutenmäßigen Unternehmungen der Gesellschaft nicht entgegenzutreten hat, so willigt er durch sein Contrahiren mit der Gesellschaft doch nicht in beliebige partielle Einziehung des seinen Anspruch deckenden Capitals. Vielmehr enthält jede solche Einziehung eine Veränderung der Grundlage, auf welche hin creditirt wurde, und folglich, wenn sie ohne Willen des Gläubigers vor sich geht, eine Verletzung für ihn, welche nur durch gleichzeitige Vorsorge für vollständige Sicherung seines Anspruches ausgeglichen werden kann.

III. Das Obergericht macht, ohne sich über die Auslegung der genannten Artikel des Handelsgesetzbuchs bestimmt auszusprechen, vorzugsweise geltend, daß dem allgemeinen bürgerlichen Recht zufolge theoretisch begründete obligatorische Rechte nur unter Voraussetzung eines wirklich vorhandenen praktischen Interesses gerichtlich geltend gemacht werden könnten. Ob der Satz, so ausgedrückt, allgemein richtig sei, darauf braucht nicht eingegangen zu werden. Gewiß ist zunächst, daß derjenige, welchem das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Sicherstellung eingeräumt

hat, seinerseits nur das Dasein dieser Voraussetzungen, und nicht auch noch eine ihm drohende concrete Gefahr nachzuweisen braucht. Nun ist zwar hier so gut wie bei der Geltendmachung anderer Rechte eine Einrede des mangelnden Interesses denkbar;

vergl. l. 3 § 1 D. ut in possess. leg. (36, 4) mit
l. 9 § 2 D. ususfr. quemadm. (7, 9)
l. 14 § 1 D. ut legator. serv. c. c. (36, 3),

dieselbe kann jedoch im Hinblick auf Natur und Zweck der Sicherheitsleistungen nicht schon dann für begründet erachtet werden, wenn im Augenblick der Erhebung des Anspruchs keine drohende Gefahr vorliegt, sondern nur dann, wenn die Möglichkeit einer Gefährdung überhaupt ausgeschlossen ist. Es genügt deshalb, darauf hinzuweisen, daß der noch so günstige augenblickliche Vermögensstand einer Actiengesellschaft, bei der Möglichkeit jederzeitiger Veränderung, niemals ein Grund sein kann, die Gläubiger der Gesellschaft von dem hier fraglichen Cautionsrecht auszuschließen.

IV. Endlich meint das Obergericht in Uebereinstimmung mit dem Handelsgericht, der Anspruch der Kläger stelle sich um so mehr als erledigt dar, da die Directoren der beklagten Gesellschaft, nachdem die Zurückzahlung von 10 Silber-Rubel per Actie des oberappellationsgerichtlichen Bescheides vom 2. Juli 1864 ungeachtet erfolgt sei, den Klägern nach Artikel 248 Abs. 3 des Handelsgesetzbuches persönlich und solidarisch verhaftet seien, und diese Haftung, nachdem sie im jetzigen Verfahren von ihnen unumwunden anerkannt worden, einer Bürgschaft gleich zu achten sei.

Wenn der Art. 202 Abs. 3 anstatt der Deposition die Bestellung einer sonstigen „angemessenen Sicherheit" zuläßt, so unterliegt es zwar keinem Zweifel, daß diese Sicherheitsleistung auch in einer geeigneten Bürgschaft bestehen kann (vergl. Lübeckisches Statut B. IV. Tit. 11 Art. 5, B. V. Tit. 12 Art. 2). Allein die vom Gesetz für den Fall vorschriftswidrigen Verfahrens angeordnete persönliche Haftung der Vorstandsmitglieder ist keine dem einzelnen Gläubiger

bestellte Sicherheit; dazu wird vielmehr ein demselben speciell eingeräumtes Pfand- oder Forderungsrecht, also, wenn Caution durch Bürgen beabsichtigt wird, eine ordnungsmäßige Verbürgung erfordert; und die Frage, ob die der Deposition zu substituirende Sicherheit eine „angemessene“ sei, muß in jedem einzelnen Fall erst durch Vereinbarung der Betheiligten oder durch richterliche Entscheidung ihre Erledigung finden. Nun besteht nach dem Gesetz die principale Pflicht der Actiengesellschaft in der baaren Deposition der streitigen Forderungsbeträge, und sie ist es, worauf, wenn die Gesellschaft ohne die vorgeschriebene Sicherung zur Vertheilung oder theilweisen Rückzahlung des Grundcapitals schreitet, der Gläubiger seine Klage richten darf. Will die Gesellschaft von dem bemerkten Vorbehalt Gebrauch machen, so hat sie ihrerseits eine anderweite Sicherheit anzubieten, und, wenn der Gläubiger sich damit nicht zufrieden erklärt, nöthigenfalls dem Richter darzuthun, daß dieselbe eine angemessene, den Gläubiger ausreichend deckende sei. Wäre es sonach die Absicht der beklagten Gesellschaft gewesen, an die Stelle der verlangten Deposition eine Sicherheitsleistung durch persönliche Bürgschaft ihrer Directionsmitglieder treten zu lassen, so hätte sie dies dem klägerischen Antrag gegenüber in erster Instanz als Exceptional-Moment geltend machen müssen. Das ist aber nicht geschehen, indem in der Vernehmlassung vom 6. September 1864 überall nur von der allgemeinen gesetzlichen Verantwortlichkeit der Mitglieder der beklagtischen Direction, und der von ihnen bekundeten Bereitwilligkeit, diese Verantwortlichkeit zu übernehmen und zu tragen, die Rede ist. Es waren daher weder die Kläger in der Lage, sich über eine ihnen statt der Deposition angebotene Sicherheitsleistung erklären zu können, noch ist der Richter in der Lage, über die Angemessenheit einer solchen zu entscheiden.

Es rechtfertigte sich somit die beantragte Verurtheilung der Beklagten zur Deposition der Summe von Crt. ℔ 19,250, deren Höhe für dieses Incidentverfahren nicht beanstandet

worden ist. Da es sich um eine Verbindlichkeit handelt, welche nöthigenfalls der gewöhnlichen Urtheilsvollziehung anheimfällt, so bedurfte es der Beifügung eines besonderen Präjudizes nicht, und erledigt sich damit der über die Art des letzteren erhobene Streit.

---

79. Lübeck.

Strafsache wider den Dr. phil. A. J. F. Grube zu Lübeck, wegen Preßverbrechens gegen die öffentliche Ordnung, jetzt Nichtigkeit betreffend.

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 14. October 1865.

Daß zwar die Förmlichkeiten der wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Lübeck vom 28. Juni 1865 ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde für gewahrt zu achten, diese Beschwerde selbst aber, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Querulanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu verwerfen sei.

Entscheidungsgründe.

Der Angeschuldigte setzt den Grund seiner rechtzeitig angemeldeten Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 28. Juni 1865 darin, daß das Verweisungserkenntniß in der vorliegenden Strafsache von Seiten des Stadt- und Landgerichts abgegeben sei, ehe dasselbe von der Aussage des als wesentlichen Entlastungszeugen vorgeschlagenen und in Folge dessen auch abgehörten Polizeiactuars Dr. B. Avé-Lallemant Kenntniß genommen habe, worin ein nach § 251 pos. 3 der Strafproceßordnung die Nichtigkeit begründender wesentlicher Mangel des Verfahrens liege.

Denselben Nichtigkeitsgrund hat Querulant bereits in der am 9. Juni d. J. zu Protokoll gegebenen Rechtfertigung seiner am 1. desselben Monats angemeldeten Appellation ge-

gen das Verweisungserkenntniß des Stadt- und Landgerichts geltend zu machen versucht. Vom Obergerichte ist zwar dieser Rechtfertigung, als einer verspäteten, die Berücksichtigung versagt worden. Dasselbe hat indessen, unter Berufung auf die Bestimmung in § 237 a. E. der Strafproceßordnung, von Amtswegen die Frage einer Prüfung unterzogen, welchen Einfluß auf das von ihm abzugebende Urtheil der Umstand zu üben geeignet sei, „daß das Verweisungserkenntniß, welches vor dem Antrag des Angeschuldigten auf Abhörung des Dr. Avé-Lallemant schon gefällt war, sofort nach dessen Abhörung dem Angeschuldigten bekannt gemacht wurde," und ist zu dem Ergebnisse gelangt, daß

1) ein wesentlicher Mangel des Verfahrens hierin nicht zu finden sei, und

2) auch wenn ein solcher als vorliegend anzunehmen sein sollte, demselben doch im gegenwärtigen Falle die rechtliche Wirksamkeit abzusprechen sein würde, da die Aussage des Dr. Avé-Lallemant, zumal den sonstigen Ermittelungen gegenüber, in keiner Weise einen rechtsgültigen Grund zur Einstellung der Untersuchung darbiete, mithin die Verweisung der Sache zur Hauptverhandlung vom Stadt- und Landgerichte, selbst wenn jene Aussage dem Erkenntnisse desselben vorhergegangen, doch anzuordnen gewesen wäre, und noch jetzt vom Obergerichte nach § 246 der Strafproceßordnung wieder angeordnet werden müßte.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob

zu 1) dem Obergerichte in Beantwortung der dort aufgeworfenen, nicht zweifellosen Frage beizutreten sein würde, da jedenfalls

zu 2) durch die hier vorliegende eventuelle Beurtheilung des Obergerichts die etwa anzunehmende Nichtigkeit erledigt erscheint und daher beim Ober-App.-Gerichte nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Hätte das Obergericht in der Nichtberücksichtigung des schon vor Mittheilung des Verweisungserkenntnisses an den Angeschuldigten benannten und abgehörten Entlastungszeugen

einen wesentlichen Mangel des Verfahrens gefunden, so würde es nach § 246 cit. selbst in der Sache zu erkennen gehabt haben. Eines neuen Verfahrens und zu diesem Behufe einer Zurückverweisung der Sache an das Stadt- und Landgericht bedurfte es nicht, da die Aussage des Zeugen Dr. Avé-Lallemant bereits vorlag; das Obergericht hatte vielmehr, unter Mitberücksichtigung dieser Aussage, sofort darüber sich schlüssig zu machen, ob nunmehr das Verfahren einzustellen sei, oder jener Aussage ungeachtet die Verweisung der Sache zur Hauptverhandlung einzutreten habe; und fiel sein Urtheil für letzteres aus, so war solches auszusprechen, wobei es für die Rechte des Angeschuldigten vollkommen gleichgültig erscheint, ob dieser Ausspruch, unter formeller Cassirung des erstinstanzlichen Erkenntnisses, durch ein neues obergerichtliches Urtheil, oder ob er in Form einer Bestätigung des Verweisungserkenntnisses des Stadt- und Landgerichts erfolgte. Materiell lag immer ein Verweisungserkenntniß des Obergerichts vor, welches unter Mitberücksichtigung der Aussage des Zeugen Dr. Avé-Lallemant erlassen, und gegen welches daher selbstverständlich eine Beschwerde, daß ohne Kenntnißnahme von dieser Aussage die Sache zur Hauptverhandlung verwiesen worden sei, nicht mehr möglich war.

Die Sache liegt nun freilich gegenwärtig insofern anders, als das Obergericht nicht gefunden hat, daß das Erkenntniß des Stadt- und Landgerichts an einer Nichtigkeit leide, und daher auch nicht in die Lage gekommen wäre, jenes Erkenntniß zu vernichten; darum verliert aber sein Ausspruch, daß die Aussage des Dr. Avé-Lallemant keinen Grund zur Einstellung des Verfahrens darbiete, nicht seine Bedeutung. Es liegt darin vielmehr ein eventuelles Urtheil, welches gerade in dem Falle, daß dahier in dem Verfahren der ersten Instanz ein wesentlicher Mangel erkannt werden sollte, in Kraft treten und diesen Mangel heben würde.

Erschien solchergestalt schon nach der Vorschrift im Eingange des ersten Absatzes von § 252 der Strafproceßordnung die Geltendmachung der gegenwärtig in Frage stehen-

den Nichtigkeit beim Ober-Appellationsgerichte ausgeschlossen, so bedurfte es keines Eingehens auf die zweifelhaftere Frage, ob die Bestimmung am Schlusse eben jenes Absatzes hier zur Anwendung komme, daß Nichtigkeiten, die sich auf ein früheres Verfahren beziehen, nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn sie zur Zeit einer der Nichtigkeitsbeschwerde voraufgegangenen Appellation schon eingetreten waren, bei derselben aber nicht geltend gemacht sind. Es war vielmehr auf Grund jener erstgedachten Gesetzesvorschrift die Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde auszusprechen, der Querulant auch, nach § 321 der Strafproceßordnung, in die Kosten seines Rechtsmittels zu verurtheilen.

Hamburg. 80.

Hermann Theodor Haß zu Hamburg, Supplicant, Aufhebung einer cura betreffend.

---

1) Die über einen Großjährigen bestellte cura perpetua muß, sobald der gesetzliche Grund ihrer Anordnung aufgehört hat, auf Verlangen des Curanden wieder aufgehoben werden, auch wenn ihre Fortdauer in seinem und der Seinigen Interesse wünschenswerth sein sollte.

2) Der Antrag auf Aufhebung hat zwar keinen förmlichen Beweis des veränderten Zustandes zu liefern, muß aber doch entnehmen lassen, daß ein erheblicher Anlaß zu erneuerter Untersuchung vorliege.

Rechtsfall. Der Tischlermeister H. Th. Haß wurde, da er in Folge zunehmender Trunksucht arbeitslos geworden war und sich jeder Sorge für seine Familie und sein Vermögen entschlug, auf Antrag seiner Frau durch Obergerichts-Decret vom 12. April 1862 unter cura perpetua gestellt. Während eines bald nachher über ihn verhängten einjährigen

Aufenthaltes im Werk- und Armenhause will er den festen Entschluß gefaßt haben, dem Trunke gänzlich zu entsagen, hat auch nach seiner Entlassung sein Handwerk wieder regelmäßig betrieben, und seitdem mehrere Versuche gemacht, von der angeordneten cura befreit zu werden, ist jedoch damit vom Obergerricht,*) zuletzt mittelst Decretes vom 19. Novbr. 1864, noch zur Zeit zurückgewiesen worden. Der Curand ergriff dagegen, auf Grund des Art. 109 der Hamb. Vormundsch.-Ordn. vom 5. Juli 1844,**) die Extrajudicial-Appellation. Das hierauf, nach eingezogener Vernehmung des Curators, ergangene oberappellationsgerichtliche Urtheil vom 19. October 1865 lautete bestätigend.

Entscheidungsgründe.

I. Der auf Wiederaufhebung der bisherigen Curatel gerichteten Beschwerde konnte nach der jetzigen Actenlage in keinem Fall entsprochen werden. Zwar muß

1) in Uebereinstimmung mit mehreren früheren Entscheidungen des O.-A.-Gerichtes

Hamb. Schuback, Mai 1843,
Mey, April 1847,

davon ausgegangen werden, daß eine cura perpetua, sobald der gesetzliche Grund ihrer Anordnung aufgehört hat, auf

*) Nach § 76 der Hamb. Vormundsch.-Ordn. von 1844 wird sowohl die Anordnung wie die Aufhebung einer Curatel über „Verschwender, Gemüthskranke und denselben ähnliche Personen" zwar von der Vormundschaftsdeputation, einer Abtheilung des Obergerichts, vollständig instruirt, die Entscheidung darüber aber vom Plenum des Obergerichts gegeben.

**) „Gegen Decrete und Verfügungen, welche das Obergericht nach der Vormundsch.-Ordn. künftig in erster Instanz erläßt, findet das Rechtsmittel der Appellation an das gemeinschaftliche O.-A.-Gericht nur in folgenden Fällen Statt:

— — — —

2) wenn jemand als prodigus oder mente captus unter Curatel gesetzt oder die Aufhebung einer solchen Curatel abgeschlagen worden (Art. 76). Und zwar ohne Suspensiveffect."

Verlangen des Curanden wieder aufgehoben werden muß, selbst wenn die längere Fortdauer derselben im Interesse des Curanden und seiner Familie wünschenswerth und nützlich sein sollte. Denn sobald ein gesetzlicher Grund für die Curatel nicht mehr vorhanden ist, hat der Bevormundete ein vollkommenes Recht auf die selbstständige Besorgung seiner Angelegenheiten, und bloße Zweckmäßigkeitsgründe können dem nicht entgegenstehen. Die letzteren dürfen vielmehr nur da von Einfluß sein, wo es für den Richter zweifelhaft bleibt, ob das Aufhören des gesetzlichen Grundes genügend constatirt sei.

Im vorliegenden Falle hat im Frühjahr 1862 die Trunkfälligkeit des Supplicanten den Anlaß zur Verhängung der unfreiwilligen Curatel über ihn gegeben. Ist nun gleich nicht die Trunkfälligkeit selbst, sondern die dadurch veranlaßte Unfähigkeit des Supplicanten, seinen Geschäften selbst vorzustehen, entweder an sich oder wegen der damit verbundenen Gefährdung für seine und der Seinigen Subsistenz, als der Rechtsgrund der angeordneten cura anzusehen, so kann doch eben diese Unfähigkeit nur mit Beseitigung des Zustandes, welcher ihre Ursache bildet, als gehoben erachtet werden. Mag es zu strenge ausgedrückt sein, wenn man verlangt, der Curand müsse durch sein Benehmen eine Gewähr geliefert haben, daß er vor jedem Rückfall in das Laster der Trunkenheit sicher sei, so ist doch soviel gewiß, daß von einer wiedererlangten Fähigkeit zur Besorgung der eignen Geschäfte nicht wohl die Rede sein kann, so lange der sie bedingende Zustand des Curanden ein wechselnder und schwankender ist, so lange jederzeit und namentlich nach Befreiung von der cura eine Erneuerung der Unfähigkeit zu befürchten ist. Die Besserung muß, soll sie keine bloß zweifelhafte und scheinbare sein, sich als feste Gewöhnung bethätigt haben und zu einem dauernden Zustand geworden sein; aus der Art und Dauer der veränderten Lebensweise muß wenigstens mit Wahrscheinlichkeit zu entnehmen sein, daß kein Rückfall bevorstehe.

2) Vergleicht man hiermit das, was die Acten zu Gunsten des Supplicanten ergeben, so war derselbe 2c.

Daß die vorstehenden Bescheinigungen nicht genügen können, die Wiederaufhebung der cura zu motiviren, leuchtet ein. Denn wollte man auch auf das formelle Bedenken, daß lediglich unbeschworene Privatzeugnisse vorliegen, kein entscheidendes Gewicht legen, so ist doch das, was über den Supplicanten gesagt wird, viel zu allgemein, um eine bestimmte Anschauung von einer zur festen Gewöhnung gewordenen enthaltsamen und verständigen Lebensweise des Supplicanten zu geben. Ueberdies erstrecken sich die Angaben, wenn man von dem Umstande unter c) absieht, nur über den Zeitraum vom Juni 1863 bis zum Mai 1864.

Dazu kommt sodann, daß der Curator Fr. Scheuch, dessen Vertrauenswürdigkeit durch die vom Supplicanten erhobene unbestimmte und mit nichts belegte Verdächtigung nicht beeinträchtigt werden kann, in seinen verschiedenen Vernehmungen nicht nur stets von der Aufhebung der Curatel bestimmt abgerathen, sondern sich auch über das Verhalten des Supplicanten nicht ebenso günstig geäußert, vielmehr noch in jetziger Instanz erklärt hat, er habe mannigfache dem Aufgeben des Trunkes widersprechende Symptome häufig genug bemerkt. Sind auch von dem Curator specielle Thatsachen in dieser Beziehung weder jetzt noch in seinen Vernehmungen vor der Vormundschaftsdeputation angeführt worden, so würde doch eine Aufhebung der Curatel jedenfalls nicht verfügt werden können, ehe der Curator zu einer bestimmteren Angabe seiner Beobachtungen veranlaßt und überhaupt der ganze Sachverhalt näher aufgeklärt worden wäre.

Es konnte sich hiernach

II. nur fragen, ob nicht auf Anlaß des vom Supplicanten am 26. October 1864 gestellten Antrages sein jetziger Zustand eingehender zu untersuchen gewesen wäre. Bei Instruction des Gesuches waren seit dem Sommer 1863 beinahe 1½ Jahre verlaufen, und würde gegenwärtig eine Vervollständigung der causae cognitio verfügt, so würden etwa 2½ Jahre dazwischen liegen; ein Zeitraum, welcher je nach den Umständen ausreichen kann, um die Ueberzeugung von

einer ernstlichen und dauernden Besserung zu begründen. Allein das Gesuch vom 26. October 1864 beschränkt sich im Wesentlichen auf xc. — — — Wenngleich man nun von einem Gesuch dieser Art nicht verlangen kann, daß es den Anforderungen einer processualischen Beweisantretung entspreche, so muß sich doch mindestens daraus entnehmen lassen, daß ein erheblicher Anlaß zu erneuerter Untersuchung und ein thatsächlicher Stoff für die letztere gegeben sei. Da der Supplicant es hieran gänzlich hat fehlen lassen, so konnte es nicht als beschwerend für ihn angesehen werden, wenn die Vormundschaftsdeputation sich mit einer abermaligen Vernehmung des Curators und mit dessen Versicherung, daß sich seit dem Mai 1864 in den Verhältnissen Nichts geändert habe, begnügte.

Mußte hiernach das obergerichtliche Erkenntniß vom 19. November v. J. lediglich bestätigt werden, so ist doch selbstverständlich dem Supplicanten damit die Befugniß nicht benommen, jederzeit mit einem besser substantiirten Gesuche einzukommen.

Frankfurt. 81.

Geschwister **von Meyer** in München, Kläger, wider Dr. **E. F. Souchay** und **J. G. von Heyder** zu Frankfurt, als Administratoren eines von Meyer'schen Schenkungscapitales, Beklagte, desgleichen **Carl Ed. Meyer** zu Frankfurt und Consorten, Intervenienten, Auslieferung eines Schenkungscapitales betreffend.

---

1) Auslegung einer letztwilligen Verfügung und eines darauf basirten Schenkungsvertrages.
2) Ein in dritter Instanz vorgebrachtes novum ist, wenn aus andern Gründen eine reformatoria ergeht, dabei in der Regel mit zu erledigen; doch kann die Ent-

scheidung darüber, wenn ein von der Hauptsache völlig trennbarer Punkt in Frage steht, auch an die erste Instanz verwiesen werden.

3) Privat-Administratoren sind, wie Vormünder, berechtigt, die Kosten eines Processes, den sie in einer zweifelhaften Sache führen zu müssen glaubten, der von ihnen verwalteten Masse in Rechnung zu stellen.

Rechtsfall. Die Wittwe Christina Bertha Metzler geb. Meyer in Frankfurt hatte im Mai 1840 mit ihrem Ehegatten, dem Banquier Gustav Metzler, ein gemeinschaftliches Testament errichtet und darin ihre vier Geschwister, darunter den Rittmeister Johann Anton Carl von Meyer zu München, zu Erben eingesetzt. Auf Grund eines damals beigefügten Vorbehaltes errichtete sie nach dem Tode ihres Mannes unter dem 29. November 1843 ein Codicill folgenden Inhalts:

Ich verordne daher durch diese Testaments-Beilage, daß das in dem erwähnten Testamente meinem Bruder Herrn Rittmeister Johann Anton Carl von Meyer als meinem Miterben zugedachte Erbtheil nach meinem dereinstigen Ableben und sobald zur Vertheilung meiner Verlassenschaft geschritten wird, dessen sämmtlichen Kindern, deren jetzt vier sind: Bertha, Friederike, Alfred, Edwin und soviel deren sonst noch bei meinem Hinscheiden vorhanden sein mögen, unter den § 1 enthaltenen näheren Bedingungen und Bestimmungen, überliefert werden soll.

§ 1.

Der Theil meiner Verlassenschaft, welcher den sämmtlich eingesetzten Kindern meines Bruders Johann Anton Carl von Meyer zufällt, soll unter Administration gestellt und aus den Zinsen dieses Vermögens dem Vater für seine Lebensdauer alljährlich soviel verabfolgt werden, als er zu seiner und der Seinigen Subsistenz bedarf. Stirbt er vor seiner Gattin, so erhält sie den Bedarf für sich und die Kinder fort, es sei

denn, daß sie sich wieder verehelichte, wo der Zinsengenuß für sie aufhört.

Den Betrag dessen, was von diesen Zinsen für meinen Bruder, dessen Gattin und Kinder unumgänglich nöthig und ihnen zu verabfolgen ist, hat die Administration genau und sorgfältig zu ermitteln. Jedenfalls wird den Herren Administratoren zur besonderen Pflicht gemacht, dafür besorgt zu sein, daß nicht von diesem Zinsenbetrag an etwaige Gläubiger meines Bruders oder dessen Gattin verabfolgt werde, indem dieses meiner Intention gänzlich zuwider ist, und desfalls auch hiermit ausdrücklich bestimmt wird, daß diese Gelder in keiner Weise mit Arrest belegt oder als Gegenstände der Execution sollen angegriffen werden können. Das, was von den Zinsen des Vermögens dieser Kinder etwa übrig bleibt, kann von der Administration zum besonderen Vortheil der Kinder insgesammt oder, eintretenden Falls, für des einen oder anderen Erziehung und Ausbildung ins Besondere verwendet werden.

§ 2.

Sollten mein Bruder und dessen Gattin mit Tod abgegangen sein, ehe deren Söhne 25 Jahre alt und bevor die Töchter verehelicht wären, so hat die Administration fortzubestehen und soll den Söhnen ihr Theil nicht eher verabfolgt werden, als bis sie das 25. Lebensjahr zurückgelegt haben und den Töchtern ihr Theil erst bei ihrer Verheirathung. Hat jedoch eine Tochter das dreißigste Jahr zurückgelegt und ist noch nicht verheirathet, so sollen die Herren Administratoren, wenn sie nicht wichtige Gründe dagegen haben, derselben den ihr gebührenden Vermögens-Antheil zur Selbstverwaltung und freien Verfügung überlassen.

§ 3.

(Bezieht sich auf den Fall, daß einzelne der im Eingang genannten 4 von Meyer'schen Kinder während der Administration sterben würden. Dem Rittmeister Joh. Ant. C. von Meyer und seiner Gattin soll von dem Capitalvermögen auch dann nichts zufallen.)

§ 4.

Obwohl in § 2 verordnet ist, daß das Vermögen der Töchter meines Bruders Carl ihnen, wenn sie ledig sind, vor dem vollendeten 30. Jahre nicht geliefert werden soll, so ist doch hiervon in dem Falle eine Ausnahme gestattet, wenn eine oder sie zusammen nach dem Tode der Eltern, unter Gutheißung der Herren Administratoren, ein solides Geschäft begründen, oder sonst einen passenden Nahrungszweig ergreifen könnten, welcher ihren Lebensunterhalt sicherte. Alsdann soll die Administration, jedoch ohne Verantwortung, ermächtigt sein, ihnen den Erbtheil bis zur Hälfte zu überweisen.

§ 5.

(Hier werden die Herren Dr. E. F. Souchay und J. G. von Heyder zu Administratoren des im Eingang bezeichneten Erbtheils ernannt und um Uebernahme der Verwaltung ersucht.)

Das vorstehende Codicill wurde nebst dem Testament von 1840 nach dem Tode der Wittwe Metzler am 20. Februar 1861 eröffnet. Nach mehrfachen Verhandlungen einigten sich die bei dem Nachlaß Betheiligten dahin, daß der Rittmeister von Meyer und seine vier Kinder auf die Erbschaft Verzicht leisteten, dagegen die übrigen Testamentserben mittelst einer am 8. October 1861 unterzeichneten und am folgenden Tage gerichtlich insinuirten Vertrags-Urkunde jedem der vier von Meyerschen Kinder die Summe von 7317 fl. 30 Kr. unter der Bedingung schenkten,

> „daß das also geschenkte Gesammtcapital von fl. 29,270. in der Art sicher angelegt, verwaltet, benutzt und eintretenden Falls vererbt werde, wie dies in dem Codicille der sel. Frau Metzler vom 29. November 1843 bezüglich desjenigen Erbtheils bestimmt war, welcher in dem gedachten Codicille den oben genannten von Meyerschen Kindern zugewendet werden sollte."

Die auch hier zu Administratoren ernannten Dr. Souchay und von Heyder haben die ihnen übertragene Verwaltung übernommen. Nachdem nun der Rittmeister von Meyer

verstorben war, und von seinen vier Kindern die beiden Töchter im Frühjahr 1864 ihr dreißigstes, die beiden Söhne schon vorher ihr 25. Lebensjahr zurückgelegt hatten, ferner die Wittwe des Rittmeisters von Meyer in einer den Administratoren eingesendeten notariellen Erklärung vom 12. Januar 1864 auf ihre Nutznießung an dem Schenkungscapital verzichtet hatte, und dem älteren Sohne Carl Alfred sein Antheil an letzterem ausbezahlt worden war, klagten die beiden Töchter und der jüngere Sohn auf gleichmäßige Ausantwortung ihrer Antheile und Aufhebung der bisherigen Administration.

Die Administratoren berechneten das verwaltete Vermögen, nachdem der Mitkläger Max Edwin von Meyer 600 fl. erhalten habe, noch auf fl. 21,150, welcher Betrag demnächst von den Klägern als richtig anerkannt worden ist, und trugen darauf an, daß die Klage den bei der Sache interessirten Schenkgebern, den Geschwistern und Testamentserben der Wittwe Metzler, mitgetheilt werde. Diese haben nachher auch, wenigstens von der zweiten Instanz an, als Intervenienten an den ferneren Verhandlungen Theil genommen. Der Klage wurde entgegengesetzt: nach richtiger Interpretation des Codicilles und der Absicht der Erblasserin könne die Administration, so lange die Wittwe von Meyer lebe, ihres Verzichtes ungeachtet nicht für erledigt erachtet werden, wie denn namentlich nach § 1 des Codicilles die Wiederverheirathung der gedachten Wittwe zwar das Aufhören ihres Zinsengenusses, nicht aber das Aufhören der Administration habe nach sich ziehen sollen; die Auszahlung des Capital-Antheils von Carl Alfred von Meyer habe besondere Gründe für sich gehabt, und sei mit Zustimmung der Schenkgeber erfolgt.

Die Kläger beriefen sich dagegen darauf, daß mit dem Verzicht ihrer Mutter der Zweck und Gegenstand der Administration aufgehört habe, dies auch von den Administratoren selbst durch die Auszahlung an Carl Alfred von Meyer anerkannt worden sei, und brachten replicando zugleich eine

Erklärung ihres eben genannten Bruders bei, dahin gehend, daß er befriedigt sei und an den von den Capital-Antheilen seiner Geschwister erzielt werdenden Zinsen und etwaigen Ersparnissen weder einen Anspruch habe noch erheben wolle.

1., Stadtgerichts-Erkenntniß
vom 14. September 1864.

1. (Der Inhalt der §§ 1 und 2 des Codicilles wird angegeben.) Aus diesen Bestimmungen folgt nun, daß die Auslieferung des fraglichen Erbtheils und bez. Schenkungscapitals, da die Schenkungsurkunde vom 9. October 1861 sich sämmtliche Bestimmungen dieses Codicills angeeignet hat, zwei Beschränkungen unterliegt, nemlich der Erreichung eines gewissen Lebensalters von Seiten der Kläger und dann der deren Eltern vorbehaltenen Nutznießung. Daß die erste dieser Bedingungen eingetreten, steht fest, aber auch von der zweiten Bedingung muß dieses behauptet werden. Denn wenn gleich in dem Codicill beiden Eltern der Kläger die lebenslängliche Nutznießung vorbehalten worden und im § 2 daselbst nur davon die Rede ist, was geschehen soll, wenn beide Eltern mit Tode abgegangen sein sollten, ohne daß die Kinder das 30. und beziehungsweise 25. Lebensjahr erreicht haben würden, so kann man daraus nicht, wie die Beklagten wollen, folgern, daß unter allen Umständen die Administration so lange fortzubestehen habe, bis beide Eltern mit Tode abgegangen seien, vielmehr kann als die dem Wortlaute entsprechende Absicht der Testirerin nur die angenommen werden, daß vor dem dortselbst bestimmten Lebensalter die Kläger keinenfalls in den Besitz des ihnen zugedachten Erbtheils kommen sollten, während an einen Wegfall der Nutznießung vor dem Ableben beider Eltern offenbar nicht gedacht war und für den Fall, wie er hier vorliegt, daß diese Nutznießung nicht durch den Tod, sondern in Folge einer anderen Ursache, in specie Verzicht, in Wegfall kommen würde, eine Bestimmung zu treffen, unterlassen wurde. Ist nun aber die Auslieferung des betreffenden Erbtheils oder Schenkungs-Capitals

nur von der Erreichung eines bestimmten Lebensalters und zugleich dem Wegfall einer an demselben stipulirten Nutznießung abhängig gemacht, ohne daß auch der Eintritt besonderer Nebenumstände festgesetzt worden, so kann es auch den Beklagten nicht verstattet sein, eine solche beschränkte Auslegung in die Bestimmungen des § 2 des erwähnten Codicills hineinzutragen, wenn eine solche Auslegung mit dem Wortlaute desselben sich nicht vereinigen läßt, vielmehr muß hiernach der Wegfall der Nutznießung in Folge Verzichts dem Wegfall in Folge Abgangs mit Tode in seinen Wirkungen vollkommen gleichgestellt werden.

Da es nun aber keinem Zweifel unterliegen kann, daß die Mutter der Kläger rechtsverbindlich auf den ihr zustehenden Zinsengenuß verzichten mag, so fällt damit auch das zweite und letzte Hinderniß der Auslieferung des Schenkungscapitals an die Kläger hinweg und erscheinen somit deren Ansprüche als vollständig liquid.

Hiernach kann aber auch

2) der Umstand nichts ändern, daß drei der vier Schenker, nemlich Carl Eduard Meyer, Gustav Ferdinand v. Meyer und Friederike Sophie Meyer sich der Interpretation des Codicills, wie sie die Beklagten aufgestellt, vollständig angeschlossen haben. Denn wenn es auch ganz richtig ist, daß bei dem einseitigen Rechtsgeschäfte der Schenkung der Interpretation des Schenkers der Vorzug vor jeder anderen einzuräumen ist,

Göschen, Civilr. I. § 109,

so kann doch hier die Interpretation der Schenker darum von weniger Gewicht sein, als der fraglichen Schenkung Bestimmungen eines von einer dritten Person errichteten Codicills einverleibt worden und es sich dermalen gerade um die Frage dreht, wie die Bestimmungen dieses Codicills, nicht aber wie die Schenkungsurkunde auszulegen sei.

— — — —

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

Die Beklagten werden für schuldig erklärt, binnen 14 Tagen das unter ihrer Administration befindliche, den

Klägern durch Schenkungs-Vertrag vom 9. October 1861 überlassene Schenkungscapital im dermaligen Betrage von 21,150 fl. und seiner dermaligen Anlegung an die Kläger auszuliefern, auch denselben die erwachsenen Streitkosten zu ersetzen.

---

2) Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 28. November 1864.

(Auf Appellation der Beklagten und der Intervenienten.)

Die Kläger gehen zur Begründung ihres Klaganspruchs einfach nur von der Ansicht aus, daß, nachdem von ihnen sämmtlich das in dem Codicill der Wittwe Metzler vorgesehene Alter von 25 bezw. 30 Jahren erreicht worden sei, nunmehr ihre Erbtheile ausgeliefert werden müßten, sobald die ihrer Mutter vorbehaltene Nutznießung aus irgend einem Grunde, wohin sie auch den Verzicht derselben zählen, in Wegfall gekommen sei. Diese Ansicht kann als richtig nicht anerkannt werden. Ihr steht schon entgegen, daß, was die Töchter, so lange sie unverheirathet sind, betrifft, die Auslieferung immer noch von der Zustimmung der Administratoren nach § 2 des Codicills nicht ganz unabhängig sein sollte; die von den Klägern versuchte Auslegung entspricht aber auch offenbar nicht dem Willen der Erblasserin, wie derselbe aus dem erwähnten Codicill entnommen werden muß. Sie hat ihren Bruder, obgleich dieser ihr nächster Mitintestaterbe war, nur aus dem Grunde übergangen, um dessen Erbtheil vor einem Angriffe seiner Gläubiger zu sichern. Dagegen wollte sie zugleich für einen anständigen Unterhalt desselben und seiner Wittwe, so lange dieselbe nicht zu einer zweiten Ehe schreiten werde, sorgen. Zu diesem Zwecke hat sie ihnen die Nutznießung lebenslänglich zugesichert. Die Schenkgeber haben aber ein wohlbegründetes eigenes Interesse, daß die wohlgemeinte Absicht der Erblasserin gerade bei dem Schenkungscapital auch erreicht, d. h. daß dasselbe außer in besonderen Fällen dem angegebenen Zweck nicht entzogen werde. Wenn

sie auch zu einer weiteren Unterstützung der Wittwe Meyer und deren Kinder eintretenden Falls rechtlich nicht angehalten werden können, so werden sie sich doch aus verwandtschaftlichen Rücksichten wohl immer verpflichtet halten, dieselben vor Noth zu schützen. Der von ihnen erhobene und zu den Acten gebrachte Widerspruch gegen die beantragte Vermögens-Auslieferung kann daher allerdings nicht unberücksichtigt bleiben. Ist demnach die erste Beschwerde begründet, so bedurfte die eventuelle keiner weiteren Erörterung.

Aus diesen Gründen wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 14. September 1864 aufgehoben und abändernd zu Recht erkannt:

Die Kläger werden mit der von ihnen erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und verurtheilt, den Beklagten die Kosten erster Instanz zu ersetzen.

Die Kosten dieser Instanz werden verglichen und haben die Kläger den Beklagten die Hälfte des Protocolls- und des Urtheils-Stempels zu ersetzen.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die Kläger weitere Berufung. Die Beklagten producirten mit der Vernehmlassung ein ihnen am 11. Februar 1865 notariell insinuirtes Document, laut dessen der Mitkläger Lieutenant Edwin von Meyer seinen Antheil an dem streitigen Schenkungscapital am 18. August und 14. October 1864 an den Opticus Joseph Löwenbach in München cedirt haben soll; und beantragten deshalb, diesen Mitkläger wegen erloschener Sachlegitimation zurückzuweisen.

3) Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 24. October 1865.

(Auf Appellation der Kläger.)

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellations-Gerichts der freien Stadt Frankfurt vom 28. November 1864, wie hiemit geschieht, aufzuheben, und in der Hauptsache das Stadtgerichts-Urtheil vom 14. September 1864 in Ansehung der klagenden Schwe-

stern unbedingt, in Betreff ihres Bruders dagegen mit der Maßgabe herzustellen, daß der auf dessen Legitimation bezügliche, von den Beklagten geltend gemachte neue Thatumstand an die erste Instanz zu verweisen und rechtlich abzuurtheilen sei.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz werden verglichen; es sind jedoch die beklagten Administratoren befugt, die auf gegenwärtigen Rechtsstreit verwendeten Kosten bei Ausantwortung des Schenkungscapitals von solchem in Abzug zu bringen, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Als feststehend ist anzusehen:

1) Die Schenkungsurkunde vom 9. October 1861 erhält ihre Erklärung ausschließlich durch den Inhalt des Codicills vom 29. November 1843. Die Ansicht dreier Schenkungsgeber über dessen Inhalt ist bedeutungslos, da sich dieselben auf diesen als Norm bezogen haben, ohne eine sonstige Erklärung hinzuzufügen.

2) Die in § 2 des Codicills enthaltene Bedingung für die Ausantwortung des Schenkungscapitals, soweit sie dem Lebensalter der Kläger entnommen ward, ist als erfüllt anzusehen. Die Ausantwortung des Antheils von Carl Alfred von Meyer an diesen und die von fl. 600 an Maximilian Edwin von Meyer giebt seinen drei Geschwistern den gleichen Anspruch nicht, da die Beklagten durch diese Handlungen die von den Klägern beliebte Auslegung des Codicills keineswegs in unzweideutiger Weise anerkannt haben. Die Ausantwortung geschah in Uebereinstimmung mit dem Willen der Schenkgeber, welchen die Administratoren desfalls verantwortlich sind, während der Ausantwortung des Ganzen an die Kläger drei der Schenkgeber widersprochen haben.

Alles kommt hienach

3) auf die zweite Bedingung der Herausgabe, also darauf an, ob der Verzicht der Mutter der Kläger auf den ihr nach

dem Tode ihres Mannes zustehenden Zinsgenuß des Schenkungscapitals ihrem eigenen Tode gleich zu stellen sei. Diese Frage würde unzweifelhaft zu verneinen sein, wenn die Erblasserin irgendwo positiv ausgesprochen hätte, daß die angeordnete Administration bis zum Tode beider Eltern der Kläger fortdauern solle. Denn gegen eine solche bestimmte Verfügung könnten bloße Wahrscheinlichkeiten über eine abweichende Willensmeinung der Erblasserin nicht in Betracht kommen. Allein positiv ist das nirgends gesagt. Der § 1 erwähnt von dem Endpunkt der Administration überhaupt nichts. Der § 2 aber, worin das Appellationsgericht den Hauptanhalt zur Annahme jener Willensmeinung findet, sagt nur: Wenn die Eltern vor den daselbst näher bezeichneten Zeitpunkten sterben würden, dann solle die Administration fortbestehen und erst mit diesen Zeitpunkten das Capital an die Kinder herausgegeben werden. Wie es vor dem Tode der Eltern gehalten werden solle, insbesondere, wenn deren Tod erst nach den erwähnten Zeitpunkten fallen würde, darüber ist ausdrücklich nichts bestimmt, auch nicht in dem mit § 2 ganz parallel gehenden § 4; was also die Erblasserin in dieser Beziehung gewollt hat, kann jedenfalls nur durch Schlußfolgerung erkannt werden. Auch liegt nach Inhalt und Fassung des § 2 nicht etwa eine so nahe und zuverlässige Schlußfolgerung vor, daß der jetzt streitige Fall als indirect dadurch berührt und entschieden anzusehen wäre. Denn der ganze § 2 bespricht überhaupt nur den Fall, wo die Eltern vor dem Zeitpunkt sterben, welchen die Erblasserin zur Aushändigung des Capitals an die Kinder für geeignet gehalten hat. Ob ihre Gedanken aber über diesen Fall irgend hinausgingen, das steht sehr dahin. Sie mußte sich die nahe liegende Frage vorlegen, wie es werden solle, wenn die Eltern verstürben, ehe die Kinder durch reifes Alter oder Verheirathung sicher gestellt seien; ob die Privatadministration des § 1 fortdauern oder das Vermögen unter die gewöhnliche Vormundschaft fallen, ob ersteren Falls die Vorsorge über die Volljährigkeit hinaus erstreckt werden solle oder nicht.

Diese Fragen mußte die Erblasserin nothwendig beantworten. Daraus folgt aber nicht, daß die Erblasserin bei diesen Erwägungen zugleich den Fall im Auge gehabt haben müsse, wenn die Eltern das 25. resp. 30. Lebensjahr der Kinder überleben würden. Vielmehr liegt eine wirkliche Lücke in der Willenserklärung, welche nur durch Ermittelung des wahrscheinlichen Willens der Erblasserin ausgefüllt werden kann.

Nun ist zwar

a) nicht zu läugnen, daß die Fassung des § 2 ein Argument gegen die Kläger darbietet, insofern der Tod der Eltern als zusammenfallend mit dem Aufhören der Administration gedacht, und eine Ausnahme eben nur für den Fall des relativ frühzeitigen Todes der Eltern gemacht zu sein scheint. Großes Gewicht kann jedoch diesem Argument nicht beigelegt werden. Die Erblasserin war sich klar darüber, die Kinder sollten nicht vor dem 25. resp. 30. Jahr in den Besitz des Capitalvermögens kommen, auch wenn im Uebrigen das Fortbestehen einer Administration durch Aufhören des elterlichen Zinsenbezugs entbehrlich geworden sein sollte; und der Wille, daß der Erbtheil nicht früher verabfolgt werden solle, ist ja auch mit voller Bestimmtheit ausgedrückt. Wenn die Erblasserin nun, anstatt allgemeiner vom Aufhören des Zinsenbezugs zu reden, nur den Tod der Eltern als einen Fall erwähnte, welcher einen Zweifel über das Fortbestehen der Administration erregen könnte, so scheint dies sehr begreiflich. Wenn einmal gesagt war, daß nach dem Tode der Eltern, wo nicht bloß deren Zinsenbezug, sondern überhaupt jede denkbare Rücksicht auf deren Person wegfiel, dennoch die Administration bis zu den bezeichneten Zeitpunkten fortdauern solle, so war gewiß kein Zweifel darüber zu fürchten, daß dasselbe gelte, wenn der Zinsenbezug sich auf andere Weise endige. Andere Beendigungsgründe und namentlich die in § 1 erwähnte Wiederverheirathung der Schwägerin, hier besonders zu berücksichtigen, durfte daher der Erblasserin entbehrlich scheinen. Sonst würde doch auch nicht eine Wortfassung gewählt worden sein, welche buchstäblich genommen

das verkehrte argumentum a contrario ergeben würde, daß bei anderen Beendigungen des Zinsenbezugs die Administration nicht bis zum 25. resp. 30. Jahre der Kinder fortbestehen solle. Ueberdies ist der Verzicht auf eine den Unterhalt der eigenen Familie deckende jährliche Rente etwas unter gewöhnlichen Umständen so Unnatürliches, daß man wohl sagen darf, auf den Gedanken ist die Erblasserin sicher gar nicht gekommen.

Aus dem eben Bemerkten geht zugleich hervor, daß das Nichterwähnen der Wiederverheirathung in § 2 kein Argument gegen die Kläger abgiebt. Nimmt man es ganz scharf, so darf man sogar sagen: das Nichterwähnen ist in jedem Fall eine kleine Unvollständigkeit, und dies führt um so eher zu der Annahme, daß die Worte: „Sollte — — — mit Tod abgegangen sein“ nur zur wesentlichen, aber nicht zur völlig erschöpfenden Bezeichnung des gedachten Falles gebraucht wurden. Dieselben berechtigen nur zu dem Schluß, daß abgesehen von den besonderen Bestimmungen des § 2 der Tod der v. Meyer'schen Eltern der angeordneten Administration jedenfalls ein Ende mache, nicht aber zu dem Schluß, daß dieser Tod der einzige Erlöschungsgrund der Administration sein solle. Da die Erblasserin in § 2 ausschließlich den Fall behandelt, wenn die Kinder in ihrem Sinne zu eigener Verwaltung noch nicht reif sind, so konnte es ihr hier gar nicht darauf ankommen, die Fälle, in welchen nach eingetretener Reife die Administration sich endigen könne, vollständig und scharf zu bezeichnen; es mußte hier völlig genügen, nur den Hauptfall zu erwähnen.

b) Zur Ergänzung der Lücke wird man nur durch Betrachtung des Zwecks der angeordneten Administration gelangen können. Dieser Zweck ist in Ansehung des Bruders und seiner Frau klar. Die Erblasserin wollte ihnen auf Lebenszeit so viel jährlich sichern, als zu ihrer und der Ihrigen Subsistenz erforderlich sein würde. Sie traute ihnen aber die Fähigkeit eigener Capitalverwaltung nicht zu, fürchtete sogar, daß auch von den Zinsen leicht noch etwas an die Gläubiger

gelangen könnte, und bestellte deshalb eine selbstständige Administration. Es war ein besonders sichergestelltes Alimentenvermächtniß.

Es fragt sich, ob die Verfügung auch hinsichtlich der Kinder denselben Charakter hat. Wäre dies der Fall, so würde man ein möglichst langes Fortbestehen der Administration als im Sinne der Erblasserin liegend anzusehen haben. Allein die Frage muß für die Zeit der angenommenen Reife der Kinder verneint werden, und nur bei den Töchtern kann das Vermächtniß jene Eigenschaft wieder annehmen, wenn die Administratoren wichtige Gründe haben, einer 30jährigen Tochter ihren Capitalantheil nicht auszuhändigen. Sieht man von diesem außerordentlichen und hier nicht interessirenden Fall ab, so ergiebt § 2, daß, wenn der auf die v. Meyer'schen Eltern bezügliche Zweck sich durch deren Tod erledigt hat, die Administration unbedingt aufhören soll, sobald die Söhne 25 Jahre alt geworden, die Töchter sich verheirathen oder 30 Jahre alt geworden sind. Das Capital soll ihnen ohne Weiteres zu freiester Verfügung (nach § 3 auch zu letztwilliger) und ohne irgend eine Vorsorge für fernere Erhaltung desselben herausgegeben werden. Daraus folgt nun soviel gewiß, daß eine über die bezeichneten Zeitpunkte hinaus bloß im Interesse der Sicherstellung der Kinder fortgesetzte Administration in keiner Weise in der Absicht der Erblasserin gelegen haben kann, weil eine Vorsorge für dieses Interesse unmöglich von dem zufälligen Umstande abhängig gemacht werden konnte, ob und um wie viel die Eltern das 25. resp. 30. Jahr ihrer Kinder überleben würden. Alle moralischen und Zweckmäßigkeitsgründe, welche in dieser Beziehung von den jetzigen Beklagten geltend gemacht worden sind, können deshalb nicht in Betracht kommen; auch nicht das von den Beklagten angedeutete Bedenken, daß in § 1 Abs. 2 des Codicills eine ungleiche Verwendung der Zinsen-Ueberschüsse zum Vortheil eines oder des anderen Kindes vorbehalten worden ist; ein Bedenken, welches ohnehin unbegründet erscheint, theils weil der Vorbehalt

offenbar nur auf die Zeit der Ausbildung der Kinder berechnet ist, theils weil die Kläger auf jenen etwaigen Vortheil durch die gemeinschaftliche Anstellung der Klage wechselseitig verzichtet, und von ihrem Bruder Alfred einen entsprechenden Verzicht beigebracht haben. Daß die Erblasserin im 2. Abs. des § 1 auch an ein gänzliches Wegfallen des elterlichen Zinsenbezugs und eine dann vorzunehmende Capitalisirung gedacht habe, dafür fehlt es an jeder Andeutung.

Nur die andere Frage scheint noch zweifelhaft, ob das den v. Meyer'schen Eltern zugewendete Alimentenvermächtniß nach dem Verzicht der Wittwe v. Meyer bereits als völlig erledigt angesehen werden könne. Es ist dagegen angeführt worden, die Wittwe v. Meyer könne den Metzlerschen Erben (den jetzigen Schenkgebern) wieder zur Last fallen, und die Beklagten fügen zur Verstärkung dieser Erwägung noch die Behauptung hinzu, der im Codicill vermachte Zinsenbezug sei an die Stelle einer Unterstützung getreten, welche der Rittmeister v. Meyer früher regelmäßig von seinen Geschwistern empfangen habe. Allein dieser Erwägung ist keine Bedeutung beizulegen. Sie wendet sich nicht sowohl gegen das Aufhören der Administration, als gegen das Aufhören des Zinsenbezugs. Man findet es ungehörig, daß die Wittwe v. Meyer auf den Zinsenbezug verzichtet und sich dadurch in die Lage versetzt habe, einmal wieder unterstützungsbedürftig werden zu können. Allein der Zinsenbezug läßt sich nicht aufdringen, und mit seinem Wegfalle ist der Zweck der Administration, soweit er sich auf die v. Meyer'schen Eltern bezieht, vollständig erledigt, da ihnen eben nur ein Zinsenbezug vermacht ist, und wie noch der § 3 recht prägnant zeigt, vom Capital gar nichts zugedacht war. Sollte man aber auch die bloß accessorische Bestimmung der Administration nicht so scharf betonen, so kommt doch in Betracht, daß von einem Rechtsanspruch der Wittwe v. Meyer auf Alimentation durch ihre Schwäger und Schwägerinnen überhaupt keine Rede sein kann, daß sie sich aber durch ihren Verzicht auch jedes Billigkeitsanspruches darauf selbst verlustig gemacht hat,

und mit vollem Grunde jederzeit auf ihre Kinder, zu deren Gunsten sie verzichtet hat, verwiesen werden kann. Versetzt man sich in die Vorstellung, die Erblasserin hätte wirklich an die Möglichkeit eines solchen Verzichtes gedacht, so wird man doch nicht annehmen können, daß sie trotz des Verzichtes die Mittel zu einer eventuellen Unterstützung ihrer Schwägerin hätte zusammengehalten wissen, also für alle denkbaren Eventualitäten den Verzicht unschädlich machen wollen. Hätte sie so ängstlich ihre Geschwister in Frankfurt und Braunschweig von jeder möglichen Belästigung durch die Münchener Familie frei halten wollen, so würde sie doch auch ihren Neffen und Nichten in München nach dem Tode der Eltern nicht die freie Verfügung über den Erbtheil überlassen haben, da sie den Erbtheil verlieren oder verschwenden, und dann, als mindestens eben so nahe stehend, die Frankfurter Verwandten ebenfalls belästigen könnten.

Nach dem allen war anzunehmen, daß der von der Erblasserin im Auge gehabte Zweck der Administration durch den Verzicht der Mutter in jeder Hinsicht erledigt ist.

4) Bei diesem Ergebniß sind die ohnedies unhaltbaren Aufstellungen der Kläger,

a) die Beklagten hätten sich bei dem Inhalt des ersten Spruchs beruhigt;

b) auf die in der Vernehmlassung vorgeschützten Einreden verzichtet;

c) die Einrede aus § 2 des Codicills sei in der Duplik nachgeschoben;

erledigt. Nicht minder verwerflich aber ist

5) die Behauptung der Kläger, den Schenkern fehle die Befugniß zu adhäriren, richtiger accessorisch zu interveniren, da deren juristisches Interesse, die Modalitäten der Schenkung aufrecht erhalten zu sehen, unzweifelhaft, und eine derartige Befugniß an die erste Instanz nicht gebunden ist. Es bedurfte daher nur noch

6) einer Beurtheilung der in voriger Instanz vorgeschützten nach dem Ergebniß unter № 3 wiederauflebenden

Beschwerden. Die zweite betrifft die derzeitige Auslieferung der betreffenden Raten des Schenkungscapitals an die Töchter ungeachtet des Widerspruchs der Schenkgeber, und war in Beihalt von № 1 zu verwerfen, da die subjective Ansicht allein für einen „wichtigen Grund" im Sinne des § 2 nicht angesehen werden kann. Nicht minder die dritte über die Nichtnachlassung eines Beweises derartiger Gründe, weil es an deren Angabe in erster Instanz fehlt, und das desfallsige Vorbringen in zweiter nicht ausreicht. Anlangend dagegen

7) den in der Vernehmlassung jetziger Instanz vorgebrachten, die zeitige Legitimation des Edwin v. Meyer betreffenden neuen Thatumstand, dessen Vorhandensein und Erheblichkeit außer Zweifel sind, so mußte es angemessen erscheinen, diesen von der Hauptsache völlig trennbaren Punkt nicht hier zu beurtheilen, sondern desfalls an die erste Instanz zu verweisen, da eine absolute Nothwendigkeit, im Fall einer Abänderung des vorigen Erkenntnisses aus anderen Gründen über die neue Thatsache allhier zu entscheiden, in welchem Fall eine Aufhebung des Actenschlusses und weitere Instruction nothwendig geworden sein würden, nicht anerkannt werden konnte.

Vergl. Blume zu § 132. Not. l.

Es bleibt sonach schließlich

8) nur die Kostenfrage ein Gegenstand der Beurtheilung. Auf diese bezieht sich, soweit die Kosten erster Instanz in Frage stehen, die 4. Beschwerde voriger Instanz, und diese mußte für begründet erachtet werden. Wenn nemlich das erste Erkenntniß in seinem Decisum den Betrag des herauszugebenden Schenkungscapitals nennt und daneben die Beklagten in die Kosten verurtheilt, so konnte diese Verfügung nur dahin aufgefaßt werden, daß die Beklagten schuldig seien, jene Kosten aus eigenen Mitteln zu tragen. Hiezu konnten dieselben jedoch nach Analogie der im Falle einer Vormundschaft eintretenden Grundsätze überall nicht angehalten werden, vielmehr waren sie, zumal in Beihalt der Ansichten der Schenkgeber, bei der Zweifelhaftigkeit der Sache verbunden,

einen diesfallsigen Rechtsstreit aufzunehmen und bis in die dritte Instanz zu verfolgen; demzufolge aber berechtigt, die hiedurch entstandenen Kosten in die Rechnung ihrer Administration zu setzen. Folge dieser Auffassung ist aber, daß auch die nach bekannten Rechtsgrundsätzen zu vergleichenden Kosten zweiter und dritter Instanz im endlichen Ergebniß den Klägern zur Last fallen; eine Auffassung, welche die von den Beklagten in jetziger Instanz erhobene formell zulässige Adhäsionsbeschwerde erledigt.

82. Frankfurt.

Ehrenfried Wecker zu Frankfurt, Kläger, wider den Fiscus der freien Stadt Frankfurt, Beklagten, das Grundstück Gewann I. Nr. 10[c] in der Frankfurter Gemarkung betreffend.

Die durch Erkenntniß vom 4. November 1865 abgegebene Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts in dieser Sache, in welcher es sich von dem Eigenthum des Klägers an einer gewissen Grundfläche handelte und ob er dieselbe zur Anlage eines öffentlichen Weges hergegeben habe, bietet nichts von allgemeinem Interesse dar, indem sie nur auf der Auslegung eines Vertrags sich gründete.

83. Frankfurt.

Leopold Lehrfeld in Pforzheim, Kläger, wider **Wilhelm Friedrich Jaeger** in Frankfurt, Beklagten, Wechselforderung betreffend.

1) **Die Präsentation und Protestation einer nachindossirten acceptirten Tratte ist innerhalb der dreijährigen Verjährungszeit zulässig, während welcher der Bezogene aus seinem Accepte haftet, mithin der Wechselregreß gegen den Indossan-**

ten statthaft, wenn nur innerhalb dieser Frist die Protesterhebung erfolgte.

2) Verschiedenheit in der Beurtheilung, je nachdem ein Umstand als Beweggrund für ein abgeschlossenes Rechtsgeschäft oder als Voraussetzung desselben in Betracht kommt.

Rechtsfall. Zum Verständnisse des Thatsächlichen, das sich im Uebrigen aus den mitgetheilten Entscheidungsgründen des oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisses ergiebt, ist Folgendes zu bemerken.

Beklagter hatte aus Wechselaccepten der Firma A. Heimann & Co. in Mannheim 2010 fl. zu fordern. Am 27. December 1859 erklärte sich diese Firma insolvent und wurde noch an demselben Tage die Gant gerichtlich erkannt. Weiter hatte Beklagter vom Kläger aus Accepten seiner früheren Firma 3000 fl. zu fordern, die sämmtlich schon im Jahre 1858 fällig, aber nicht eingelös't waren. Um die Heimannschen Accepte zu verwerthen und dem Kläger dadurch die Mittel zu verschaffen, gegen eine Wechselforderung, welche mit 2000 fl. wiederum dem Heimann gegen den Kläger zustand, zu compensiren, sowie zugleich die Zahlung der 1858 fällig gewordenen 3000 fl. zu reguliren, schlossen die Parteien am 11. Januar 1860 folgende aus [15] act. des Stadtgerichts ersichtliche Vereinbarung:

„Nachdem mir unter heutigem Tage von Herrn W. F. Jaeger dahier die nachstehend verzeichneten Accepte meiner vorigen Firma L. Lehrfeld & Co. in Pforzheim, und zwar

fl. 400. am 15. März 1858 zahlbar gewesen,
= 500. = 31. = = = =
= 800. = 10. April = = =
= 600. = 20. = = = =
= 700. = 30. = = = =

fl. 3000. zusammen, zurückgegeben worden sind, und Herr W. F. Jaeger mir weiter überlassen hat

fl. 300. am 20. Novbr. 1859 fällig gewesen,
" 550. " 25. " " " "
" 620. " 30. " " " "
" 540. " 5. Decbr. " " "

fl. 2010. Accepte von A. Heimann & Co. in Mannheim, so bekenne ich hiermit, Hrn. W. F. Jaeger die Summe von Fünftausend Zehn Gulden schuldig geworden zu sein. Zu deren Rückzahlung verpflichte ich mich sofort bei Unterzeichnung des Gegenwärtigen Drei Hundert Gulden baar und Fünf und Zwanzig Gulden auf den Ersten eines jeden Monats, anfangend auf den 1. Februar 1860, baar an Hrn. W. F. Jaeger in Frankfurt a. M. zu entrichten, und mit dieser Rückzahlung bis zur Tilgung meiner Schuld fortzufahren."

An demselben Tage indossirte der Beklagte die vier bezeichneten von Heimann acceptirten Wechsel auf den Kläger mit den Worten:

„Für mich an die Ordre des Herrn L. Lehrfeld. Werth in Rechnung."

Am 28. April 1860 wurde die wider Heimann erkannte Gant auf den 1. Juni 1859 zurückdatirt. Kläger drang daher mit der gegen die Heimannsche Wechselforderung versuchten Compensation nicht durch und wurde zur Zahlung verurtheilt.

Nunmehr ließ er am 27. März und 8. April 1862 die vom Beklagten acquirirten 4 Tratten dem Heimann zur Zahlung präsentiren und Protest mangels Zahlung erheben, und nahm, da die Zahlung nicht erfolgte, Regreß gegen den Beklagten aus dessen Indossamenten. Der Vereinbarung vom 11. Januar 1860 war Kläger inzwischen nur soweit nachgekommen, daß er im Ganzen 800 fl. an den Beklagten gezahlt hatte (nemlich die bis zum 1. Oct. 1860 incl. fälligen Beträge).

Das Stadtgericht condemnirte unter Compensation der Kosten den Beklagten in die Herausgabe der empfangenen 800 fl nebst 6 % Zinsen vom Protesttage und 1/3 % Provision und liberirte den Kläger von der Verpflichtung, weitere Ratenzahlungen an den Beklagten zu leisten.

Auf Appellation beider Theile verurtheilte das Appellations-Gericht den Beklagten der Klagbitte gemäß (gegen Rückgabe der Wechsel 2010 fl. nebst 6 % Zinsen seit dem Protesttage, 1/3 % Provision und die Protestkosten zu bezahlen), sowie in die gesammten Kosten der ersten und in die Hälfte der Kosten zweiter Instanz.

Beklagter appellirte weiter und erging hierauf das Urtheil des Oberappellations-Gerichts vom 7. November 1865:

> daß das Erkenntniß des Appellations-Gerichts mit der Maßgabe zu bestätigen, daß Beklagter ermächtigt sei, von der Urtheilssumme den Betrag der seit dem 1. November 1861 rückständigen Abschlagszahlungen, welche Kläger nach [15] der Stadtgerichtsacten mit monatlich 25 fl. an ihn zu leisten hat, nebst Zinsen zu 6 % von jeder einzelnen Monatsrate seit dem Verfalltage derselben in Abzug zu bringen.
>
> In die Kosten gegenwärtiger Instanz wird Beklagter verurtheilt und 2c.

Entscheidungsgründe.

I. Es ist zunächst zu prüfen, ob, auf Grund des in der ersten Beschwerde wiederholten Grav. I. 1 voriger Instanz des Beklagten, die Klage abzuweisen war. — Beklagter bestreitet nicht, daß die nach Maßgabe des Art. 16 Abs. 1 der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung erhobene Wechselregreßklage an sich begründet und liquid sei. Namentlich ist er auf den Einwand: es fehle an einer Bescheinigung darüber, daß die auf den Wechseln [3]—[6] der St.-Ger.-Acten befindlichen Indossamente des Klägers Nachindossamente seien — nachdem das St.-Gericht diesen Einwand für durch das betreffende Zugeständniß des Beklagten erledigt erkärt hat — in den höheren Instanzen nicht zurückgekommen. Er stützt vielmehr jene seine Beschwerde lediglich darauf, daß die beiden von ihm vorgeschützten peremtorischen Einreden zur Zurückweisung der Klage hätten führen müssen.

A. Die Einrede der „Verjährung" ist darauf gegründet, daß durch ein nach Ablauf der für die Protesterhebung Mangels Zahlung bestimmten Frist vollzogenes Indossament der Wechsel zum Sichtwechsel werde oder doch jedenfalls, soviel die Präsentation zur Zahlung und die zur Erhaltung des Wechselregresses gegen den Nachindossanten erforderliche Protesterhebung betrifft, nach Analogie des Art. 32 Abs. 2 der Allg. Deutschen Wechselordnung zu behandeln sei. Wäre diese Ansicht richtig, so würde allerdings die Einrede, die nicht ganz correct eine „Verjährungseinrede" genannt wird, begründet sein, da die Parteien darüber einverstanden sind, daß die fraglichen Indossamente am 11. Januar 1860 ausgestellt, die indossirten Wechsel aber erst am 27. März resp. 8. April 1862, also länger als zwei Jahre nach der Indossirung, zur Zahlung präsentirt resp protestirt worden sind. Das Oberappellationsgericht konnte aber kein Bedenken tragen, der entgegengesetzten Ansicht der beiden vorigen Gerichte jedenfalls insoweit beizutreten, als es sich um solche nachindossirte Wechsel handelt, die (wie die vorliegend in Betracht kommenden) bereits vor Verfall acceptirt worden sind, während die Frage, ob die Analogie der Sichtwechsel nicht wenigstens bei dem Nachindossamente noch nicht acceptirter Wechsel Platz greife, nach Lage der Sache keiner Entscheidung bedarf. Was die Begründung jener Ansicht betrifft, so genügt es, auf die Ausführungen des Stadtgerichts und die von beiden vorigen Gerichten in Bezug genommenen Autoritäten (darunter insbesondere die vom Appellationsgerichte citirte Abhandlung von Rießer) zu verweisen.

(Das Stadtgericht hatte ausgeführt:

Die Ansicht, daß für die Präsentation und Protestirung einer nachindossirten Tratte die durch Art. 31 der W.-O. für Sichtwechsel vorgeschriebene zweijährige Frist maßgebend sei, findet zwar ihre gewichtigen Vertreter in

Brauer, Erläuterungen der W.-O. ed. 2 zu § 16.
Renaud, Wechselrecht, ed. 2 S. 129, 130.
Mittermaier im Archiv für Wechselrecht Bd. I. S. 10 flg.

Allein nicht minder beachtungswerthe Autoritäten sprechen sich für die entgegenstehende Ansicht, nemlich dahin aus, daß die Präsentation und Protestirung einer nachindossirten Tratte während des Laufes derjenigen (dreijährigen) Verjährungszeit zu geschehen habe, während welcher der Bezogene aus seinem Accepte hafte, daß daher auf Grund eines, während dieser Zeit erhobenen Zahlungsprotestes die Regreßpflicht des Nachindossanten Platz greife.

Liebe, die Allg. D. W.-O. mit Einleitung und Erläuterungen, S. 76. 77.

Bluntschli, die Allg. D. W.-O. S. 48.

Haimerl, Anleitung zum Studium des Wechselrechtes S. 93.

Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin vom 22. Novbr. 1855 und Archiv für W.- u. H.-Recht Bd. 6 S. 85 folg.

Das Gericht muß dieser letzteren Ansicht entschieden den Vorzug geben. Denn wenn wie es unzweifelhaft der Fall ist, das Nachindossament den Sinn hat, daß der Inhaber des präjudicirten Wechsels seine binnen 3 Jahren vom Verfalltag an zu realisirende Wechselforderung an den Acceptanten auf seinen Indossatar überträgt und gleichzeitig durch die für diese Uebertragung gewählte Form des Indossamentes die wechselmäßige Verhaftung für den Eingang der Zahlung übernimmt und zwar ohne, wie es ihm freisteht, durch Beifügung einer besonderen Bestimmung die Präsentations- und Protestationsfrist anderweit zu fixiren, so folgt hieraus von selbst, daß der Nachindossatar während der ganzen, wider den Acceptanten laufenden (dreijährigen) Verjährungszeit so berechtigt als verpflichtet sein muß, den Wechsel zur Zahlung vorzuzeigen und eintretenden Falles protestiren zu lassen.

Dieser, der Absicht der Parteien bei Ertheilung und Annahme des Nachindossaments entsprechende Satz wird in das hellste Licht dann gestellt, wenn man den Fall sich so denkt, daß zur Zeit der Nachindossirung des Wechsels die Frist, während welcher der Bezogene aus seinem Accept noch zu haften hat, kürzer ist als die in Art. 31 vorgesehene zweijährige Präsentationsfrist. Denn in die-

sem Falle könnte dem Indossaten zur Aufrechthaltung seines Regresses wider den Indossanten das Berufen auf Art. 31 offenbar dann nichts nützen, wenn er zwar die hier vorgeschriebene zweijährige Präsentationsfrist eingehalten, dagegen die zu Gunsten des Acceptanten schon früher abgelaufene Verjährungsfrist versäumt hätte.

Da hiernach die von dem Kläger levirten Proteste als rechtzeitige zu betrachten sind, so muß sein innerhalb der gesetzlichen Zeit (Art. 78 d. W.-O.) geltend gemachter Regreßanspruch insoweit gewahrt erscheinen.)

B. Anlangend die Einrede, „daß das unter beiden Theilen rücksichtlich der fraglichen Wechsel eingegangene civilrechtliche Vertragsverhältniß den Regreß des Klägers wider den Beklagten aus den Indossamenten quaest. ausschließe," so ist die Zulässigkeit derselben nach Art. 91 der Frankf. Prov.-Proz.-Ordnung und § 82 der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung nicht zu bezweifeln. Es fehlt derselben aber an der genügenden factischen Begründung.

Die Behauptung des Beklagten, daß der Regreß des Klägers gegen ihn schon deshalb ausgeschlossen sei, weil, nach [15] der St.-Ger.-Acten, hier ein Verkauf resp. eine Cession von Forderungsrechten vorliege, der Verkäufer und Cedent aber für die Güte der Forderung nur dann hafte, wenn er dies besonders zugesagt habe oder in dolo versire, bedarf keiner Widerlegung. Beklagter hat unbeschränkte Indossamente ausgestellt und haftet aus diesen für die Zahlung der Wechsel nach Wechselrecht auch seinem unmittelbaren Indossatar gegenüber, wenn er nicht darzuthun vermag, daß bei dem Begebungsvertrage, im Widerspruch mit dem Wortlaute der Indossamente, zwischen ihm und dem Kläger vereinbart worden, daß er von jener seiner gesetzlichen Haftpflicht entbunden sein solle.

Eine derartige Vereinbarung ergiebt sich so wenig aus der Urkunde [15] der St.-Ger.-Acten, als in den vom Beklagten producirten Briefen des Klägers eine Anerkennung des letzteren zu finden ist, daß ihm aus den fraglichen Indossa-

menten ein Regreß gegen den Beklagten nicht zustehe. Auch hat Beklagter nicht zu behaupten vermocht, daß neben der schriftlich bekundeten Vereinbarung in [15] der St.-Ger.-Acten noch ein besonderes mündliches Abkommen getroffen worden sei. Er macht vielmehr nur geltend: der Zweck jener Vereinbarung sei der gewesen, daß Kläger auf seine Gefahr die Accepte übernehme, ohne daß ihm, wenn solche nicht eingelöst resp. nicht zur Compensation zugelassen würden, ein Rückgriff gegen den Beklagten zustehen sollte. Die Frage kann also nur die sein, ob dieser Zweck aus den Umständen mit solcher Evidenz sich ergiebt, daß Kläger, wenn er des nach dem Gesetze ihm zustehenden Wechselregresses sich bedient, als gegen die Vertragsintention handelnd erscheint. Diese Frage muß indeß verneint werden.

Der Begebungsvertrag ist am 11. Januar 1860 abgeschlossen, und an demselben Tage sind (nach übereinstimmender Erklärung der Parteien) die Indossamente vollzogen worden, nachdem der Trassat und Acceptant der fraglichen Wechsel Adolf Heimann in Firma A. Heimann & Co. zu Mannheim bereits am 27. December 1859 „die Firma und sich selbst" in Gant erklärt hatte und unter dem nemlichen Datum die Gant wirklich erkannt, aber ehe noch dieselbe durch gerichtlichen Ausspruch vom 28. April 1860 auf den 1. Juni 1859 als den Tag des Gantausbruchs zurückdatirt worden war. Daß bei Abschluß des fraglichen Geschäfts beide Theile von dem Ausbruche des gerichtlichen Concurses über A. Heimann & Co. Kenntniß hatten, kann nach Lage der Sache nicht bezweifelt werden. Rücksichtlich des Klägers ist dies vom Beklagten ausdrücklich behauptet und vom Kläger stillschweigend zugestanden, indem dessen Erklärung: daß ihm zur fraglichen Zeit die „materielle Insolvenz" von A. Heimann & Co. nicht bekannt gewesen — er nicht gewußt habe, daß A. Heimann & Co. dazumal „materiell fallit" gewesen (wobei, wie die Berichtigung auf pg. 11 ergiebt, auf das Wort „materiell" besonderes Gewicht gelegt ist), als ein Ableugnen jener beklagtischen Behauptung nicht aufgefaßt

werden kann. Die Kenntniß des Beklagten von dem Stande der Sache ist zwar in der Vernehmlassung nicht besonders hervorgehoben, jedoch offenbar nur deshalb nicht, weil dieselbe als etwas Selbstverständliches betrachtet wurde, wie sie denn auch aus dem vom Kläger producirten und vom Beklagten anerkannten Briefe des letzteren in [20] der St.-Ger.-Acten sich ergiebt. Durch den Ausbruch des gerichtlichen Concurses über den Trassaten waren dessen Accepte für den Beklagten werthlos oder doch jedenfalls zur Zeit unrealisirbar geworden. Dagegen bot sich durch das Verhältniß, in welchem Kläger zu A. Heimann & Co. stand, eine Aussicht, jene Accepte noch ihrem vollen Werthe nach zur Geltung zu bringen. Kläger schuldete nemlich an A. Heimann & Co. aus seinerseits vollzogenen Wechselaccepten ungefähr denselben Betrag, auf den sich die Heimannschen Accepte beliefen, und war wegen dieser Schuld mit einer Wechselklage bedroht. Dieser Klage gegenüber konnte man hoffen und hoffte man zu jener Zeit, wo die gerichtliche Zurückdatirung der Gant noch nicht erfolgt war, die Heimannschen Accepte zur Compensation bringen zu können. Daß bei der Uebertragung der Wechsel in [3]—[6] der St.-Ger.-Acten auf den Kläger dies die Meinung beider Theile gewesen ist, darüber herrscht Einverständniß und der weitere Verlauf der Angelegenheit liefert die Bestätigung hierfür. Kläger hat wirklich, auf Grund dieser Wechsel, der Heimannschen Wechselklage eine Compensationseinrede entgegengestellt, dieselbe, unter Beirath des Beklagten, durch alle Instanzen verfolgt und ist erst, nachdem diese Einrede — weil der Zeitpunkt der Wechselausstellung ein späterer gewesen, als derjenige, auf welchen der Gantausbruch zurückdatirt worden — rechtskräftig verworfen war, zur Protesterhebung und Geltendmachung des Wechselregresses gegen den Beklagten geschritten.

Wenn die beabsichtigte Compensation gelungen wäre, so würde der Vertrag vom 11. Januar 1860 als ein für beide Theile vortheilhaftes Geschäft sich herausgestellt haben. Der Beklagte erhielt für die in seiner Hand werthlosen Wechsel

deren vollen Betrag (wenn auch nur in Monatszahlungen mit verhältnißmäßig geringen Raten) vergütet, der Kläger erwarb die Mittel, die Heimannsche Wechselklage zu elidiren, während er die Gegenleistung hierfür nicht sofort, sondern nur in Abschlagszahlungen zu machen hatte, und ihm zugleich auch zur Zahlung einer eignen Wechselschuld von fl. 3000 an den Beklagten, unter Rückgabe der Wechsel, geräumige Zahlfristen gestattet wurden.

Die Compensation ist aber mißlungen, und es kommt darauf an, welche Vertragsabsicht für diesen Fall, nach Maßgabe der Umstände und beziehungsweise des Gesetzes, zu unterstellen ist. Daß in Beziehung auf die Haftpflicht des Beklagten für die Compensabilität der Wechsel eine specielle Nebenverabredung getroffen worden sei, behauptet nemlich nur der Kläger, der angiebt: Beklagter habe ihm die Zusage und Zusicherung ertheilt, daß die Compensation gelingen werde und müsse, daß er auch für den Betrag der Wechsel stets hafte. Beklagter hat diese Angabe in Abrede gestellt, dagegen seinerseits eine für den Fall des Mißlingens der Compensation getroffene specielle Vereinbarung nicht behauptet, vielmehr ausdrücklich erklärt, die Wechsel seien ohne allen Vorbehalt verkauft worden. Es entsteht nun zunächst die Frage: ob die Annahme der Contrahenten, daß die fraglichen Accepte im Wege der Compensation gegen die Heimannsche Wechselforderung geltend zu machen seien, eine Voraussetzung im juristischen Sinne, und solchergestalt die rechtliche Basis des ganzen Vertrags, oder ob sie nur einen Beweggrund zu dessen Abschluß gebildet hat. Letzterenfalls bleibt, ungeachtet sich nachträglich die Unrichtigkeit dieses Beweggrundes herausgestellt hat, das durch den Wechselbegebungsvertrag und die hinzugekommenen Indossamente begründete Rechtsverhältniß in Kraft. Bildete dagegen die angenommene Compensabilität der fraglichen Wechsel eine Voraussetzung des ganzen Vertragsabschlusses, so daß es die Meinung der Parteien war, die Wechselbegebung solle überhaupt nur für den, von ihnen als unzweifelhaft bevorstehend

angesehenen Fall gelten, daß die Compensation gelingen werde, so würde, bei dem Nichtzutreffen der Voraussetzung, der Vertrag mit der condictio sine causa rescindirt und in Folge dessen die Zurückversetzung der Sache in die Lage gefordert werden können, in welcher sie sich vor dem Vertragsabschlusse befand. Kläger hätte zwar die Wechsel an den Beklagten zurückgeben und dagegen Erlaß der dafür übernommenen Schuld resp. Zurückerstattung der gemachten Abschlagszahlungen, soweit sie als auf die Heimannschen Accepte geleistet zu betrachten waren, fordern dürfen. Von einem Wechselregreß gegen den Beklagten aber hätte nicht die Rede sein können.

Beklagter hat nun aber so wenig behauptet oder gar näher dargelegt, daß die Compensabilität der fraglichen Accepte gegenüber der Heimannschen Wechselforderung bei Abschluß des Begebungsvertrags eine Voraussetzung in dem ebengedachten Sinne gebildet habe, daß er vielmehr die damit ganz unvereinbare Behauptung aufstellt: es sei ihm rechtlich gleichgültig gewesen, zu welchem besonderen Zwecke Kläger in den Besitz und in die Verfügung der Heimannschen Accepte habe gelangen wollen; er habe weder ein Interesse noch ein Recht gehabt, dem Kläger eine bestimmte Verwendung der Wechsel vorzuschreiben. Seine Meinung ist überhaupt gar nicht die, daß mit mißlungener Compensation der ganze Begebungsvertrag außer Kraft getreten sei; sondern er glaubt, nach wie vor die Zahlung der Valuta für die fraglichen Wechsel, nach Maßgabe der in [15] der St.-Ger.-Acten enthaltenen Bedingungen, beanspruchen zu können, während er seinerseits durch Uebertragung und Indossirung der Heimannschen Wechsel den Vertrag, soweit er auf diese sich bezieht, vollständig erfüllt habe, und es dem Kläger überlassen geblieben sei, ob und wie er diese Wechsel (mit Ausschluß jedoch des Regresses an den Beklagten) verwerthen könne. Gegen eine solche Absicht der Contrahenten, oder jedenfalls wenigstens des Klägers spricht aber die ganze Sachlage zur Zeit des Vertragsabschlusses.

Es ist hierbei nicht gleichgültig, wer den Anstoß zu dem Geschäfte gab, der Kläger oder der Beklagte. Die Behauptungen der Parteien stehen in dieser Beziehung einander entgegen, und nach den Umständen des Falles ist an sich beides gleich wahrscheinlich. Dem Beklagten mußte daran liegen, werthlose Wechsel thunlichst vortheilhaft zu veräußern; dem Kläger, unter möglichst günstigen Bedingungen Wechsel zu acquiriren, um damit eine eigene Wechselschuld zu tilgen. Nach dem, was Beklagter in seinem Briefe vom 7. August 1860 an den damaligen Advocaten des Klägers in dem Processe wider Heimann über die Wechsel des letzteren und sein Verfahren bei Begebung derselben äußert:

„die Wechsel wurden bei Verfall regelmäßig erneuert und „mir darauf die gesetzlichen Zinsen vergütet; allerdings „hätte ich lieber das Capital entgegengenommen, und die „Wechsel gratis herauszugeben, nachdem Heimann's Ver„hältnisse schlecht wurden, ist wahrlich keine Zumuthung. „Meinen Bemühungen war es gleichwohl gelungen, als „Zahler Lehrfeld aufzufinden, der mir in monatlichen Raten „den vollen Betrag zu ersetzen hat. Wäre Heimann sol„vent geblieben, so hätte ich allerdings weder Compensation „noch Cession benöthigt und die Wechselbeträge bei ihm „erhoben."

ist jedoch unbedenklich anzunehmen, daß Beklagter es gewesen ist, der den Kläger aufgefordert hat, die Heimannschen Accepte auf sich übertragen zu lassen. Er konnte aber nicht voraussetzen, daß Kläger Wechsel, deren Werthlosigkeit (abgesehen von der Möglichkeit einer Geltendmachung im Wege der Compensation) dieser ebenso gut kannte, wie er selbst, gegen den vollen Betrag derselben (wenn auch nur in Monatsraten zahlbar) an sich kaufen werde, wenn er, Kläger, das Risico der Compensation tragen sollte, und es wäre daher Sache des Beklagten gewesen, sich darüber, daß dies seine Absicht bei der Vertragsproposition sei, deutlich auszusprechen.

Zu diesem Behufe hätte es nur eines kurzen Vorbehalts in der über die Verpflichtungen des Klägers aus dem Bege-

bungsvertrage aufgenommenen, allem Anscheine nach von der Hand des Beklagten herrührenden, Urkunde [15] der St.-Ger.-Acten bedurft, die Beklagter selbst für allein maßgebend in Beziehung auf das zwischen ihm und Kläger bestehende Vertragsverhältniß erklärt. Diese Urkunde erwähnt aber mit keiner Silbe, daß bei der Ueberlassung der Heimannschen Wechsel an den Kläger irgend ein Vorbehalt in Betreff der Haftung des Beklagten als Indossanten gemacht worden. Auch hat es der letztere an jeder Aufklärung darüber fehlen lassen, wie er — obgleich er angeblich gar nicht haften sollte — dazu gekommen ist, Indossamente ohne alle Beschränkung zu ertheilen, also erst recht sich für verhaftet zu erklären.

Wenn Beklagter endlich ein entscheidendes Moment für die von ihm behauptete Vertragsabsicht noch darin findet, daß es sich gar nicht vermuthen lasse, daß er, als Geschäftsmann, ein so thörichtes Geschäft abgeschlossen haben würde, wie der Vertrag vom 11. Jan. 1860 es sei, wenn der Kläger, außer den dadurch ihm gewährten directen Vortheilen (Befreiung von der Wechselverbindlichkeit aus seinen eigenen in den Händen des Beklagten befindlichen Accepten, und Hoffnung, der Heimannschen Wechselforderung mittelst Compensation zu entgehen) auch noch wegen der Heimannschen Accepte den Rückgriff an den Beklagten haben sollte, so ist dagegen zu bemerken, daß man andrerseits dem Kläger den höchsten Grad von Leichtsinn zumuthen müßte, wenn er beinahe den vollen Werth für Wechsel bezahlt hätte, die überhaupt nur im Wege der Gegenforderung, und noch dazu mit Aufwendung von Proceßkosten, zu realisiren waren, ohne sich zugleich für den Fall des Mißlingens der Compensation den gesetzlichen Regreß gegen seinen Indossanten zu reserviren.

Das gedachte Argument kann also keinenfalls dafür geltend gemacht werden, daß bei Eingehung des Vertrags die beiderseitige Intention auf Ausschluß des Wechselregresses gegen den Beklagten gegangen sei. Es kann vielmehr nach dem was vorliegt, nur die Vertragsabsicht angenommen werden, daß Kläger zwar verpflichtet sein solle, die Compen-

sation der Wechsel mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln zu betreiben, daß aber, wenn diese gleichwohl nicht zu realisiren sein sollte, der Beklagte sich dem wechselmäßigen Regreß zu unterwerfen habe.

II. Mußte hiernach die principale Beschwerde verworfen werden, so kommt das in die erste Beschwerde ebenfalls aufgenommene Grav. I. 2 voriger Instanz des Beklagten in Betracht: daß nicht unter Berücksichtigung der vorgeschützten exceptio doli der Beklagte nur verurtheilt worden sei, „gegen Rückgabe der Wechsel [3]—[6], dem Kläger deren Betrag ad fl. 2010 an den nach der Vereinbarung vom 11. Jan. 1860 schuldigen fl. 5010, beziehungsweise an den nach Abzug gezahlter fl. 800 verbleibenden Restbetrag von fl. 4210 abzuschreiben;" und ist hiermit die Prüfung der von dem Appellations-Gericht für begründet erklärten ersten Beschwerde voriger Instanz des Klägers zu verbinden: daß sich das Stadtgericht durch Supponirung und Berücksichtigung einer exceptio doli von einer Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der ganzen eingeklagten Wechselsumme von fl. 2010 habe abhalten lassen.

Auch in diesem Punkte muß indeß das angefochtene Erkenntniß bestätigt werden, und zwar

A. schon aus dem formellen Grunde, weil diejenige Einrede des Dolus, auf deren Grund das Stadtgericht so, wie von ihm geschehen, erkannt hat, vom Beklagten gar nicht vorgeschützt worden ist. Das Stadtgericht findet einen Dolus des Klägers darin, daß er, gestützt auf die durch Indossament gegebene formelle Berechtigung, die Restitution einer gar nicht gezahlten Summe verlange, erachtet denselben also auch ganz consequenterweise nur insoweit für vorhanden, als die Valuta für die fraglichen Wechsel noch nicht berichtigt ist, d. i. zum Betrage von fl. 1210, und gelangt hinsichtlich des Restes von fl. 800 zu einer Verurtheilung des Beklagten. Die Einrede des Dolus, welche Beklagter, gestützt auf den unter II. dargelegten Sachverhalt, sub III. der Exceptionsschrift vorgeschützt hat, ist aber, ihrer Begründung wie Richtung nach, eine ganz andere und in der That weiter nichts,

als die Behauptung, welche gleich darauf dahin zusammengefaßt wird: „daß das unter beiden Theilen rücksichtlich der fraglichen Wechsel eingegangene Vertragsverhältniß den Regreß des Klägers wider den Beklagten aus den Indossamenten quaest. ausschließe," also eben die Einrede, welche das Stadtgericht unter A. seiner Entscheidungsgründe für unbegründet erklärt hat. — Es kann aber auch

B. dem Stadtgericht in seiner materiellen Beurtheilung nicht beigepflichtet werden. Hätte freilich die Compensabilität der Wechsel eine Voraussetzung und die Basis des ganzen Begebungsvertrags gebildet, so würde das vom Beklagten in seiner eventuellen Beschwerde bezeichnete Ergebniß das den Rechten entsprechende sein. Allein unter I. ist bereits gezeigt worden, daß, nach den hier maßgebenden Erklärungen des Beklagten, jene Unterstellung nicht Platz greift. Es ist denn auch nicht dieser, sondern lediglich der Gesichtspunkt der noch nicht vollständig bezahlten Valuta, auf welchen das Stadtgericht die Annahme eines durch Einklagung der vollen Wechselsumme vom Kläger verübten Dolus gründet. Ueber die Berichtigung der Valuta ist aber im vorliegenden Falle ausdrücklich und zwar dahin eine Bestimmung getroffen worden, daß dieselbe — abgesehen von den sofort gezahlten fl. 300 — erst nach und nach mittelst monatlicher Abschlagszahlungen von je fl. 25 bewirkt werden solle. Das durch den Begebungsvertrag begründete civilrechtliche Verhältniß ist also nicht das gewöhnliche und, in Ermangelung besonderer Abrede, selbstverständliche, daß die Deckung für die überlassenen Wechsel alsbald zu gewähren war. Beklagter hatte vielmehr die Wechsel ohne vorgängige oder gleichzeitige Gegenleistung auf den Kläger zu übertragen, und seine durch den Begebungsvertrag und die Indossamente begründete Haftung für deren Betrag war nur durch den vorher zu machenden Versuch einer Compensation derselben gegen die Heimannsche Wechselforderung bedingt, aber weder von einer vorgängigen Berichtigung der vollen Valuta jener Wechsel noch auch nur davon abhängig, daß die Valutazahlung we-

nigstens soweit erfolgt war, als sie, nach Maßgabe der stipulirten Abschlagszahlungen, zur Zeit der Regreßnahme bereits hätte vorgeschritten sein sollen. Nur mittelst einer Compensationseinrede wäre hier ein Dolus des Klägers geltend zu machen gewesen. Eine solche Einrede aber ist nicht vorgeschützt und hat, nach der eigenen Erklärung des Beklagten in gegenwärtiger Instanz, nicht vorgeschützt werden sollen.

III. Dagegen mußte es Berücksichtigung finden, wenn unter V. seiner Appellationsschrift Beklagter bemerklich macht, daß jedenfalls in dem Urtheile auszusprechen gewesen sei, daß die seit November 1861 weiter fällig gewordenen und bis zur rechtskräftigen Entscheidung fällig werdenden Monatsraten von je fl. 25 in Abzug zu bringen seien.

Kläger hat nemlich in der Replik die Erklärung abgegeben, daß er bereit gewesen und noch bereit sei, wenn Gegner seiner Wiedereinlösungspflicht nachkomme, die in [15] der St.-Ger.-Acten zugesagte Valuta, soweit dies nicht geschehen, fortzuentrichten. So lange bis vom Gegner Rembours geleistet sei, retinire er die Monatsraten. Es entspricht nur der hier vom Kläger selbst kund gegebenen Intention, sich durch Einbehaltung seiner Schuld an den Beklagten für die eingeklagte Forderung zu decken, wenn die rückständigen Monatsraten jetzt auf diese Forderung in Anrechnung gebracht werden. Eigentlich müßte dies in der Art geschehen, daß, mit dem jedesmaligen Eintritt des Fälligkeitstermins einer Rate, von der Schuld des Beklagten nebst davon aufgelaufenen Zinsen zu 6% fl. 25 in Abzug gebracht würden. Im praktischen Resultate kommt es auf dasselbe heraus, wenn — wie im Urtheile geschehen — der Beklagte ermächtigt wird, von der gesammten, 6procentige Zinsen mit begreifenden, Urtheilssumme den Belauf der rückständigen Monatsraten mit Zinsen davon zu gleichem Zinsfuße in Abzug zu bringen. Von einer verspäteten Einrede, als welche Kläger jetzt das obige Verlangen des Beklagten zu charakterisiren versucht, kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil es sich um die Folgen einer vom Kläger im Laufe des Processes abgegebenen Erklä-

rung handelt. Zudem ist der bei weitem größte Theil der in Abzug zu bringenden Summe erst nach der Einlassung auf die Klage fällig geworden.

IV. Auf den Kostenpunkt konnte die nach Maßgabe des Vorstehenden auszusprechende Beschränkung der Verurtheilung des Beklagten keinen Einfluß üben, da in derselben eine Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses nicht liegt, sondern nur, zur Vermeidung von Zweifeln, die Compensationsbefugniß des Beklagten ausdrücklich ausgesprochen wird, die ihm, auch abgesehen von diesem Ausspruche, auf Grund der hervorgehobenen Erklärung des Klägers zugestanden haben würde. Es war daher nicht nur bei der vom A.-Gericht ausgesprochenen Verurtheilnng des Beklagten in die Kosten erster und die Hälfte der Kosten zweiter Instanz zu belassen, sondern derselbe auch in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu verurtheilen.

---

84. Frankfurt.

Georg Mohrhard, Johann Israel Kramer und Catharina Liebener geb. Kramer zu Frankfurt, Kläger, wider die Senckenberg'sche Stiftung und naturforschende Gesellschaft daselbst, Beklagte, beiderseits jetzt Appellanten, Herausgabe eines Nachlasses betreffend.

Interdictum quorum bonorum. Römisch-rechtliche Grundsätze. Anwendbarkeit derselben dem Frankfurter Recht gegenüber.

Rechtsfall. Zum Verständniß des Factischen, in Betreff dessen im Uebrigen auf die Entscheidungsgründe zum Oberappellationsgerichts-Erkenntniß verwiesen wird, bedarf es nur folgender Hinweisung.

Nach voraufgegangener Edictalladung ist der am 8. October 1792 in Frankfurt geborene Carl Wilhelm Mohrhard durch Stadtgerichtliches Decret vom 15. November 1861 für todt und ohne Leibeserben verstorben erklärt, und es sind darauf durch ferneres Decret vom 4. August 1862 die Kläger als seine Intestaterben in den Nachlaß eingewiesen worden, welcher ausweise aufgenommenen Inventars in einem in Händen der beklagtischen Gesellschaft befindlichen Capital von fl. 1500 bestand.

Kläger haben, unter Beantragung der Verweisung der Sache zum summarischen Verfahren, mittelst ihrer Klage Verurtheilung der Beklagten in die Herausgabe dieses Capitals mit Zinsen und Kosten verlangt.

Die Vertheidigung der beklagtischen Gesellschaft ging im Wesentlichen dahin, daß sie das Immissionsdecret als erschlichen bezeichnete, außerdem aber behauptete, daß dasselbe zur Legitimation der Kläger als Erben des Mohrhard nicht dienen könne, indem sich aus einem Beerdigungsschein, den sie producirte, ergebe, daß der gedachte Erblasser bereits im Jahre 1834 verstorben, zu dieser Zeit in Brasilien domicilirt gewesen und von einer, von ihm legitimirten, Tochter beerbt worden sei. Endlich wurde noch bemerkt, daß, wenn die Kläger auch wirklich zur Anstellung der Klage legitimirt sein sollten, dann jedenfalls dieselbe um deßwillen unbegründet sei, weil der Erblasser das in Rede stehende Capital mittelst holographischer Verfügung ihr, der Beklagten, letztwillig zugewendet habe.

Das Stadtgericht erkannte nun am 23. März 1863, ohne dem Verlangen der Verweisung der Sache zum summarischen Verfahren zu entsprechen, auf Verurtheilung der Beklagten in Capital mit Zinsen und Kosten, sie könnte denn beweisen:

> daß C. W. Mohrhard am 12. Juni 1834 verstorben und zu dieser Zeit zu Caravellas in Brasilien domicilirt gewesen, sein Nachlaß von der dortigen competenten Behörde regulirt und seine von ihm legitimirte natürliche

Tochter Violanta Guilhermina da Rocha seine Erbin geworden sei.

Auf beiderseitige Appellation ward dies Erkenntniß vom Appellations-Gericht am 26. October 1863 zwar im Uebrigen bestätigt, dagegen die Beweisauflage dahin abgeändert, daß Beklagte nur zu beweisen brauche:

C. W. Mohrhard sei am 12. Juni 1834 verstorben, zu dieser Zeit in Brasilien domicilirt gewesen und von der Violanta Guilhermina da Rocha als Universalerbin beerbt worden.

Auch gegen dieses Erkenntniß appellirten beide Theile, und es erging nunmehr ein Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 20. November 1865, welches im Uebrigen den vorigen Entscheidungen beitrat, dagegen dem Beweissatze folgende Fassung gab:

daß Carl Wilhelm Mohrhard im Jahre 1834 verstorben, daß er zu dieser Zeit in Caravellas in Brasilien domicilirt gewesen und daß seine von ihm legitimirte natürliche Tochter Violanta Guilhermina da Rocha seine Erbin geworden sei.

Entscheidungsgründe.

I. Die erste Beschwerde der Kläger: daß Beklagte nicht sofort der Klagbitte gemäß verurtheilt worden, ist

A. vorzugsweise darauf gegründet, daß die erhobene Klage das interdictum quorum bonorum, und, diesem gegenüber, Beklagte mit ihren theils unzulässigen theils illiquiden Einreden (von denen übrigens nur die Einrede, daß die Kläger nicht die wahren Erben des C. W. Mohrhard seien, bei den vorigen Gerichten Berücksichtigung gefunden hat) gar nicht zu hören gewesen sei.

1) Daß die Kläger bei Anstellung ihrer Klage das genannte Interdict im Sinne gehabt, ist zwar zuerst in gegenwärtiger Instanz gesagt. Indessen deutet schon die Klag- und beziehungsweise Replikschrift in genügender Weise darauf

hin, daß sie sich eines auf Erlangung des Besitzes der Erbschaft gerichteten summarischen Rechtsmittels haben bedienen wollen. Sie rubriciren ihren Libell: „Herausgabe einer Erbschaft betreffend," bezeichnen die Beklagte als Besitzerin des C. W. Mohrhard'schen Nachlasses und verlangen deren Verurtheilung zur Herausgabe dieses Nachlasses, indem sie hinzufügen, daß derselbe aus dem fraglichen Capitale von fl. 900, jetzt 1500, nebst Zinsen bestehe. Sie haben also zunächst eine erbrechtliche Klage intendirt, dabei aber offenbar nicht sowohl die hereditatis petitio als vielmehr ein remedium adipiscendae possessionis im Sinne gehabt. Dafür spricht einmal: daß sie ihre Erbenqualität gar nicht näher darlegten, sondern sich zu ihrer Legitimation lediglich auf das Einweisungsdecret des Stadtgerichts II. beriefen; sodann daß das Hauptpetitum der hereditatis petitio, auf Anerkennung des klägerischen Erbrechts, gar nicht gestellt ist; und endlich daß eine summarische Verhandlung der Sache beantragt wurde, was nur aus der Voraussetzung, daß es sich hier um eine Besitzstreitigkeit handele,

Prov.-Proc.-Ordng., Art. 10. pos. 3.,
vergl. Souchay, Anm. z. Reform. II. pg. 1075 i. f.,

erklärlich ist. — In der Replik ist denn auch ausdrücklich die Klage als eine possessorische bezeichnet, was als nähere Erklärung der Intention der Kläger noch zugelassen werden mußte.

2) Wenn nun aber auch, nach den hier maßgebenden Bestimmungen der Frankfurter Reformation Thl. VI. Tit. 2 und der hierauf gegründeten Doctrin und Praxis, die Bedingungen des in Frage stehenden Rechtsmittels auf Seiten der Kläger ohne Weiteres dadurch gegeben sind, daß sie von dem zuständigen Frankfurter Gerichte als Intestaterben in den Nachlaß des C. W. Mohrhard eingewiesen worden sind,

vergl. Orth, Anm. zur Frkf. Reform. III. Forts. p. 35, 36, 47;
Adlerflycht, Privatr. § 336;
Bender, Handb. des Priv.-Rechts p. 611, 612;
Souchay a. a. O. p. 1072,

so fehlt es doch an den Voraussetzungen desselben in Beziehung auf den Gegenstand der Klage resp. die Person des Beklagten.

Das interdictum quorum bonorum, als welches Kläger selbst ihre Klage behandelt wissen wollen, geht bekanntlich nicht gegen den Erbschaftsschuldner, sondern nur gegen den Besitzer körperlicher Erbschaftssachen,

L. 2. D. h. t. (43, 2.),

und unter diesen Begriff läßt sich eine Capitalforderung, mit deren Verwaltung der Erblasser die Beklagte betraut hatte und welche inmittelst von dieser eingezogen worden ist, schwerlich bringen. Könnte man aber auch annehmen, daß die fragliche Beschränkung des Interdicts im Frankfurter Recht hinwegfalle, und das nach diesem Rechte dem eingewiesenen Erben behufs Erlangung des Besitzes der Erbschaft zustehende Rechtsmittel auch Erbschaftsforderungen zum Gegenstande habe,

arg. Reform. VI. 2. § 4 i. f. verb. „an Schulden,"

so kann doch in dieser Richtung das auf bloße Regulirung des Besitzstandes abzweckende Rechtsmittel in keinem Falle weiter gehen, als die petitorische Erbschaftsklage, die hereditatis petitio selbst. Diese findet aber gegen einen Erbschaftsschuldner nur dann Anwendung, wenn derselbe sich Erbrecht beilegt,

L. 42. D. d. H P. (5, 3.),

was vorliegend nicht der Fall ist, indem Beklagte zwar allerdings ein eigenes Recht an dem mit der Klage verfolgten Capital in Anspruch nimmt; dies jedoch nicht als Erbin des C. W. Mohrhard, sondern weil sie behauptet, daß dasselbe durch eine Schenkung auf den Todesfall — also titulo singulari — auf sie übergegangen sei. Hiernach aber würde sogar dann, wenn man die Beklagte als Besitzerin einer Erbschaftssache behandeln wollte und könnte, das in Frage stehende interdictum adipiscendae possessionis, sowohl nach gemeinem als auch nach Frankfurter Recht, nicht gegen sie Platz greifen.

Vergl. Souchay a. a. O. pg. 1074, 1075.

Der hervorgehobene Mangel steht nun freilich auch der hereditatis petitio entgegen. Allein darum war die Zurückweisung der Klage noch nicht geboten. Sie konnte vielmehr — und dies scheint auch die von der Beklagten nicht beanstandete Auffassung der beiden vorigen Gerichte zu sein — als die persönliche Klage, welche dem C. W. Mohrhard aus dem zwischen ihm und der Beklagten bestehenden Vertragsverhältnisse auf Rückzahlung des fraglichen Capitals mit Zinsen zustand, und welche die Rechtsnachfolger desselben gegen die Beklagte, als Schuldnerin, zu verfolgen berechtigt sind, aufrecht erhalten werden. Für diese Klage bildet die Erbenqualität der Kläger die active Legitimation zur Sache.

B. Die übrigen von den Klägern für die sofortige Verwerfung der Einwendungen des Beklagten — und insbesondere der in den vorigen Instanzen berücksichtigten Einrede fehlender Sachlegitimation — geltend gemachten Gründe erscheinen ebenfalls als hinfällig.

1) Das Immissionsdecret des St.-Ger. II. vom 4. Aug. 1862, welche Bedeutung man ihm auch für den Legitimationspunkt beilege, konnte doch keinenfalls verhindern, daß der Beklagten der Beweis nachgelassen wurde, daß die Kläger gar nicht die wahren Erben des C. W. Mohrhard seien. Dieser Beweis ist sogar dann zulässig, wenn ein dritter klagend gegen den bereits im Besitze befindlichen eingewiesenen Erben auftritt,

Reform. l. c. § 9. vgl. m. § 2. u. 6,

und muß daher jedenfalls auch dem zugestanden werden, der sich damit als Beklagter gegen einen Anspruch der immittirten Erben vertheidigen will.

2) Die Kläger haben die Behauptung der Beklagten, daß nicht sie, sondern eine dritte Person den C. W. Mohrhard beerbt habe, als exceptio de jure tertii bezeichnet. Ob dies, der auf Einräumung des Besitzes der Erbschaft gerichteten Klage aus dem Immissionsdecrete gegenüber, zutreffen würde, kann dahin gestellt bleiben, da diese Klage, nach Obigem, nicht weiter in Betracht kommt. Der aus dem Vertragsver-

hältnisse zwischen dem Erblasser und der Beklagten fließenden persönlichen Klage gegenüber, zu der sich die Kläger als Rechtsnachfolger des C. W. Mohrhard zu legitimiren haben, erscheint die Vertheidigung, daß dieselben gar nicht die wahren Erben, also auch nicht Gläubiger der Beklagten, seien, unzweifelhaft zulässig.

3) Die Berufung der Kläger darauf, daß die Einreden durch Verzicht und res judicata ausgeschlossen seien, bedarf kaum einer Widerlegung. Wenn die Beklagte den Mitkläger Georg Mohrhard bei Betreibung der Todeserklärung durch Ausstellung einer Bescheinigung unterstützt hat, so folgt daraus weiter Nichts, als daß sie damals selbst den C. W. Mohrhard für verschollen hielt. Eine Anerkennung des Erbrechts der Kläger oder ein Verzicht auf den von der Beklagten selbst bezüglich des fraglichen Capitals erhobenen Anspruch liegt so wenig in der Ausstellung jener Bescheinigung, als darin, daß die Beklagte vor Einweisung der Kläger in den C. W. Mohrhardschen Nachlaß mit einem Widerspruche gegen dieselbe beim St.-Ger. II. nicht hervorgetreten ist.

Von einer rechtskräftigen Erledigung der Sache kann aber schon deshalb nicht die Rede sein, weil das St.-Ger. II. und folglich in einer bei diesem anhängigen Sache auch das Appellationsgericht, zur Entscheidung über streitige Rechtsansprüche gar nicht competent waren, eine solche auch, ausweislich der Entscheidungsgründe des Appellationsgerichts zu seinem Bescheide vom 3. October 1862, nicht beabsichtigt worden ist.

Die erste Beschwerde der Kläger mußte hiernach als unbegründet verworfen werden.

II. Die erste Beschwerde der Beklagten geht dahin, daß „die Kläger mit der erhobenen Klage sofort angebrachtermaßen als nicht legitimirt abzuweisen waren, weil sie, entgegen den Bestimmungen des § 9 des Gesetzes vom 9./15. März 1847, fälschlich einen Antrag auf Todeserklärung benutzt haben, um sich in den Besitz des qu. Capitals zu setzen, und weil bereits der Nachweis erbracht ist, daß Mohrhard

am 12. Juni 1834 zu Caravellas in Brasilien verstorben ist und zu jener Zeit dortselbst domicilirt war."

In voriger Instanz lautete das entsprechende Grav. I. im Uebrigen conform, es fehlte aber die Hinweisung auf den bereits erbrachten Nachweis des Todestags und Brasilianischen Domicils des Mohrhard. Darum ist indessen nicht mit den Klägern anzunehmen, daß die jetzige Beschwerde weiter gehe, als die beim Appellationsgericht angebrachte, und insoweit unzuläſſig sei. Als eigentlicher Gegenstand derselben erscheint vielmehr nur die nicht erfolgte sofortige Klagabweisung, und es war der Beklagten nicht benommen, hierfür auch noch Gründe, die in der Beschwerdeaufstellung voriger Instanz nicht besonders hervorgehoben sind, geltend zu machen, sofern nur das thatsächliche Fundament derselben bereits in erster Instanz rechtzeitig beigebracht worden. — Anlangend die Sache selbst, so hat

A. die der Klage in erster Linie entgegengestellte und bis in gegenwärtige Instanz verfolgte Einrede der erschlichenen Immission, der, nach den Ausführungen unter I. A, allein noch in Betracht kommenden persönlichen Klage gegenüber, jede Bedeutung verloren. Zu dieser Klage haben sich Kläger als die wahren Erben des C. W. Mohrhard zu legitimiren. Konnten sie nun auch zu diesem Behufe vorläufig auf die von dem zuständigen Gerichte ihnen ertheilte Immission sich beziehen und abwarten, ob gleichwohl und welchergestalt ihr Erbrecht werde bestritten werden, so kommt es doch, nachdem eine solche Bestreitung erfolgt ist, nicht mehr auf die Immission an, die eine definitive Anerkennung des Erbrechts des Eingewiesenen überall nicht involvirt. Es sind vielmehr lediglich die Thatsachen selbst in Betracht zu ziehen, die für und beziehungsweise wider die klägerische Erbenqualität beigebracht sind.

B. Die Beklagte hat nun weder den Tod des C. W. Mohrhard noch die von den Klägern durch Vorlegung des Immissionsdecrets implicite behauptete Thatsache, daß sie mit dem Verstorbenen im vierten Grade verwandt seien:

(das Nähere über diese Verwandtschaft ergiebt sich aus den auf Verlangen der Kläger adjungirten Acten des St.=Ger. II, [1], und dem diesen Acten beiliegenden Stammbaum)

geleugnet; und aus dem von ihr producirten Todesscheine, den sie jedenfalls gegen sich gelten lassen muß, geht hervor, daß C. W. Mohrhard unverehelicht gestorben ist. Diese Thatsachen genügen, um die Kläger bis auf Weiteres als die zur Erbschaft des C. W. Mohrhard berufenen Personen erscheinen zu lassen, während die Seitens derselben erfolgte Erbschaftsantretung keinem Zweifel unterliegt.

Die solchergestalt an sich erbrachte Sachlegitimation der Kläger wird nun aber nicht beseitigt, sollte es auch wirklich — wie Beklagte der Meinung ist — bereits feststehen, daß C. W. Mohrhard im Jahre 1834 verstorben und damals in Brasilien domicilirt gewesen ist.

1) Anlangend den ersten Punkt, so würde allerdings, wenn die Kläger zur Zeit des wirklich erfolgten Todes des C. W. Mohrhard noch gar nicht existirt haben sollten, damit auch die Möglichkeit einer Delation des Erbrechts an sie hinwegfallen.

L. 6—8. D. d. suis (38, 16.)

Indessen ist jene Voraussetzung so wenig von der Beklagten behauptet, als sie sich sonst aus den vorliegenden Verhandlungen ergiebt. Vielmehr beweist der bei den Acten des St.=Ger. II. liegende Stammbaum, daß der Mitkläger Georg Mohrhard schon im Jahre 1829, also vor der beklagtischerseits behaupteten Todeszeit des C. W. Mohrhard, geboren ist; und der Mitkläger Kramer will sich des Erblassers genau erinnern, muß also noch älter sein. Ueber das Alter der Mitklägerin Liebener liegt allerdings Nichts vor. Dies wird aber dadurch gedeckt, daß die beiden Personen, die bei ihrem Wegfallen die allein Berechtigten sein würden, sie in ihr Consortium aufgenommen haben. — Darf man hiernach davon ausgehen, daß die Kläger zur Zeit des Todes des C. W. Mohrhard (auch wenn derselbe bereits im Jahre 1834

erfolgt sein sollte) am Leben gewesen, so kommt es nicht darauf an, ob damals schon die Delation des Erbrechts an sie, oder ob sie zunächst an solche Personen erfolgte, die, wegen näherer Verwandtschaft, sie von der Erbschaft ausschlossen. Denn daß dergleichen Personen (abgesehen von der später zu erwähnenden Violanta Guilhermina da Rocha) jetzt noch existiren, ist von der Beklagten nicht behauptet. Sind sie aber inmittelst hinweggefallen, ohne die Erbschaft erworben zu haben, so ist im Wege einer successio graduum nunmehr die Delation an die Kläger eingetreten, und konnte die Erbschaft durch Antretung von diesen erworben werden.

2) Was den Umstand betrifft, daß C. W. Mohrhard zur Zeit seines Todes in Brasilien domicilirt gewesen sein soll, so ist er für den Legitimationspunkt nur insoweit von Bedeutung, als sich die Erbfolge nach den Gesetzen des Wohnorts, den der Erblasser zur Zeit seines Todes gehabt, richtet, also — wenn die Behauptung der Beklagten richtig sein sollte — das Brasilianische Recht zur Anwendung kommen würde. Es darf aber — worauf bereits das Appellationsgericht hingewiesen hat — bis auf Weiteres davon ausgegangen werden, daß auch dieses Recht, in Ermangelung von De- und Ascendenten, die Seitenverwandten zur Succession beruft.

III. Das Stadtgericht hat, soviel die Einrede fehlender Sachlegitimation anlangt, der Beklagten den Beweis nachgelassen:

> daß C. W. Mohrhard am 12. Juni 1834 verstorben und zu dieser Zeit zu Caravellas in Brasilien domicilirt gewesen, sein Nachlaß von der dortigen competenten Behörde regulirt und seine von ihm legitimirte natürliche Tochter Violanta Guilhermina da Rocha seine Erbin geworden sei.

Vom Appellationsgericht aber ist dieser Beweis darauf beschränkt worden:

> daß C. W. Mohrhard am 12. Juni 1834 verstorben, daß er zu dieser Zeit zu Caravellas in Brasilien domi-

cilirt gewesen und von der Violanta Guilhermina da Rocha als Universalerbin beerbt worden sei.

Die Kläger verlangen mittelst ihres Grav. III. die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Beweissatzes, die Beklagte dagegen in ihrem Grav. II. (rect. III.): daß auch noch der vom Appellationsgericht geforderte Beweis über die Beerbung des C. W. Mohrhard durch die da Rocha in Wegfall gebracht oder doch nur alternativ gefaßt werde. — Anlangend die hier in Betracht kommenden einzelnen Punkte, so ist

A. dem Appellationsgerichte darin beizutreten, daß es für die Sachlegitimation der Kläger ganz gleichgültig ist, ob sich die Behörde zu Caravellas der Regulirung des Mohrhardschen Nachlasses unterzogen und die rc. da Rocha (was übrigens nicht einmal bestimmt behauptet ist) als Erbin anerkannt hat. Einigermaßen zweifelhaft könnte es nur sein, ob das Appellationsgericht befugt war, den hierauf bezüglichen Theil des stadtgerichtlichen Beweissatzes in Wegfall zu bringen, da eine hierauf gerichtete specielle Beschwerde der Kläger nicht vorlag. Indessen hat die Beklagte dieses formelle Bedenken — welches auch für begründet nicht würde erachtet werden können — nicht geltend gemacht.

B. Was den von beiden vorigen Gerichten, wenn auch in verschiedener Fassung, geforderten Beweis betrifft, daß Violanta Guilhermina da Rocha die Erbin des C. W. Mohrhard geworden, so bedarf

1) die Meinung der Beklagten, daß es zur Elidirung der klägerischen Sachlegitimation dieses Beweises gar nicht bedurft habe, dazu vielmehr schon der Nachweis des bereits im Jahre 1834 erfolgten Todes und des Brasilianischen Domicils des Erblassers genüge, nach den Ausführungen unter II., keiner besonderen Widerlegung mehr. — Anlangend aber

2) die Formulirung des fraglichen Beweises, so kann zwar

a) der Beklagten darin nicht beigetreten werden, daß die vom Appellationsgericht in dem stadtgerichtlichen Beweisthema vorgenommene Abänderung schon formell unstatthaft gewesen, weil der fragliche Theil der Beweisauflage von den

Klägern in voriger Instanz gar nicht angefochten worden sei. Das klägerische Grav. III. forderte Beseitigung des ganzen Beweises: daß die von C. W. Mohrhard legitimirte natürliche Tochter desselben Violanta Guilhermina da Rocha seine Erbin geworden, und das Appellationsgericht, wenn es einen Theil dieses Beweisthemas beseitigte, ging nicht über die Beschwerde hinaus, sondern entsprach derselben, wenn auch nicht in dem Maße, wie solches beantragt war.

Dagegen gebührt, soviel

b) das Materielle des Differenzpunktes zwischen den beiden vorigen Gerichten betrifft, der Auffassung des Stadtgerichts der Vorzug. Das Appellationsgericht geht davon aus, daß es zur Begründung der Einrede genügt haben würde, wenn Beklagte ganz generell die Behauptung hingestellt hätte, C. W. Mohrhard sei von der Violanta Guilhermina da Rocha als Universalerbin beerbt worden, und behandelt es daher als einen irrelevanten Zusatz, daß Beklagte die letztere als die legitimirte natürliche Tochter des Erblassers bezeichnet hat. Wenn aber, wie gezeigt worden, Kläger bereits als die zur Rechtsnachfolge in den Nachlaß des C. W. Mohrhard ab intestato berufenen Seitenverwandten sich ausgewiesen haben, so konnte zur Beseitigung ihrer dadurch genügend dargelegten Sachlegitimation eine allgemeine Anführung des obgedachten Inhaltes nicht ausreichen. Es bedurfte hierzu vielmehr einer näheren Darlegung der Thatsachen, aus denen hervorgeht, daß der ꝛc. da Rocha eine nähere, die Klägerin ausschließende Erbberechtigung zusteht. Eine solche, allerdings nur nothdürftige, Darlegung ist indeß in der Behauptung der Exceptionalhandlung zu finden: Mohrhard habe seine natürliche Tochter Violanta Guilhermina da Rocha legitimirt, und sei diese seine Erbin geworden; indem darin liegt, daß die ꝛc. da Rocha eben in der Eigenschaft einer legitimirten Tochter, also als Descendentin, zur Erbschaft des C. W. Mohrhard berufen worden sei. Es mußte demgemäß die Beweisauflage auf diese Eigenschaft der namhaft gemachten Erbin erstreckt und solchergestalt in dem frag-

lichen Punkte die stadtgerichtliche Fassung wieder hergestellt werden.

C. Der von den beiden vorigen Gerichten vollkommen übereinstimmend geforderte Beweis, daß C. W. Mohrhard am 12. Juni 1834 gestorben und daß er zu dieser Zeit in Caravellas in Brasilien domicilirt gewesen, ist von den Klägern eventualiter nicht angefochten. Eine Anfechtung Seitens der Beklagten kommt dagegen in doppelter Beziehung zur Frage.

1) Indem dieselbe ihr Grav. I. darüber erhoben hat, daß nicht auf Grund der beiden hier hervorgehobenen Thatsachen die Klage sofort zurückgewiesen worden sei, stellt sie die Behauptung auf, daß diese Thatsachen bereits vollständig erwiesen seien; woraus sich von selbst ergeben würde, daß die Beweisauflage hierauf nicht zu erstrecken war. Indessen wenn auch das Document in [17] der Acten des Stadtgerichts II. an sich für vollkommen ausreichend zu erachten sein möchte, um den Beweis zu liefern, daß der im Jahre 1818 nach Brasilien gereiste C. W. Mohrhard im Jahre 1834 dort seinen Tod gefunden hat, so konnte immerhin den Klägern der Gegenbeweis nicht abgeschnitten werden, und war deshalb ein Beweisverfahren über diesen Punkt zu eröffnen, wobei — nach den vom Ober-App.-Gericht oft anerkannten Principien — mit Recht der Beklagten die Beweislast zuertheilt worden ist. Nur mußte an Stelle des in den Beweissatz aufgenommenen 12. Juni 1834 — da dies nach dem gedachten Documente nicht der Todes-, sondern der Begräbnißtag des C. W. Mohrhard ist — eine allgemeinere Zeitangabe treten. Der Beweis des Brasilianischen Domicils aber ist offenbar noch nicht geliefert, da Beklagte sich hierfür nur auf den Brief in [18] der Acten des Stadtgerichts II. berufen hat, dieser Brief aber, als von dem Erblasser C. W. Mohrhard herrührend, von den Klägern nicht anerkannt ist.

2) In Grav. III. des Beklagten:

„daß die Beweisauflage cumulativ auch dahin normirt worden, daß die Beklagte auch nachweisen soll,

daß Mohrhard von der Violanta Guilhermina da Rocha als Universalerbin beerbt worden sei, während dieser Theil der Beweisauflage zu cessiren hatte oder doch nur alternativ zu fassen war,"

scheint zu liegen, daß, wenn es des Beweises der Beerbung des Mohrhard durch die 2c. da Rocha überhaupt bedürfen sollte, Beklagte nicht noch daneben mit dem Beweise des Todestags und Brasilianischen Domicils des Erblassers belastet werden dürfe, was freilich mit deren sonstigen Ausführungen, worin sie gerade auf diese beiden Thatsachen das entscheidende Gewicht legt, schwer vereinbar ist. — Wie dem aber auch sei, so hat Beklagte keinen Grund zur Beschwerde darüber, daß ihr neben dem eigentlichen Beweisthema — der Beerbung des Mohrhard durch eine dritte Person — auch noch die beiden fraglichen Punkte speciell zum Beweis verstellt worden sind; denn sie hat selbst ihre Behauptung, daß die Violanta Guilhermina da Rocha Erbin des Mohrhard geworden, mit dessen bereits im Jahre 1834 erfolgten Tode in Verbindung gebracht. Auf das Brasilianische Domicil des Erblassers aber wird es deshalb ankommen, weil davon die Gültigkeit des, ohne Zweifel in Brasilien vorgenommenen Legitimationsactes abhängig erscheint.

IV. Die zweite Beschwerde der Beklagten ist darüber erhoben, daß ihr nicht alternativ auch der Beweis ihrer Behauptung nachgelassen worden, „daß nach Brasilianischem Rechte holographische Verfügungen von Todeswegen, wie sie Anl. 2 der Vernehmlassung enthält und Anl. 3 bestätigt, zur Zeit des Ablebens Mohrhard's vollkommen gültig gewesen sind." — Diese Beschwerde mußte indessen, im Wesentlichen aus den Gründen der vorigen Gerichte, verworfen werden.

A. Die in Bezug genommene Anl. 2 der Vernehmlassung ist die Abschrift eines in Frankfurt am 3. Juni 1818 errichteten Documents, dessen Original sich in [10] der Acten des Stadtger. II. findet und die Unterschrift: „Carl Wilhelm Mohrhard, Chirurgus und Naturhistorischer Mahler" mit beigefügtem Siegel trägt. Mohrhard erklärt darin, mit Rück-

sicht darauf, daß er sein Vaterland verlasse und nach Brasilien gehe, welche Reise mit so viel Gefahren verbunden sei, seine Willensmeinung „über sein annoch zurücklassendes Vermögen," welches eben in dem jetzt streitigen, damals fl. 900 betragenden, Capital bestand, mit dessen Verwaltung er durch Vollmacht vom 30. Mai desselben Jahres die Beklagte beauftragt hatte.

In diesem Documente heißt es sub 4:

> „Sollte mein Vater zuerst und ich selbsten während meiner Abwesenheit sterben, so sollen Funfzig Gulden an das Hochlöbliche Armenhaus als Geschenk abgegeben werden, die bleibende Summe aber, und sollte selbige noch so bedeutend werden, gänzlich an die Dr. Senckenberg'sche Naturhistorischen und Anatomischen Museums als Eigenthum heimfallen, wenn selbige nämlich hinlänglich sichere und bestimmte Beweise meines nicht mehr sey'ns aufzeigen kann."

Da indeß die Urkunde in Frankfurt und zu einer Zeit errichtet ist, wo Mohrhard unbestrittenermaßen noch dort domicilirt war, muß deren Gültigkeit lediglich nach Frankfurter Recht beurtheilt werden. — Daß nach diesem Rechte eine Schenkung auf den Todesfall, wie sie in der zu Gunsten der Senckenberg'schen Naturhistorischen und Anatomischen Museen getroffenen Bestimmung enthalten ist, wegen mangelnder Hinzuziehung der vorgeschriebenen Zahl von Zeugen

vergl Reform. IV. 13. § 3.

des Rechtsbestandes entbehrte, erkennt die Behörde selbst an. Es kann aber dieser Rechtsbestand unmöglich ohne Weiteres dadurch herbeigeführt sein, daß der Disponent später sein Domicil an einen Ort verlegt hat, wo er eine Verfügung gleichen Inhalts in der früher beachteten Form hätte treffen können.

B. Beklagte legt denn auch das entscheidende Gewicht auf die Anl. 3, einen (ihrer Behauptung nach) in Caravellas geschriebenen Brief Mohrhard's an Dr. Cretzschmar vom 16.

März 1831, dessen Original in [18] der Acten des St.-Ger. II. enthalten ist, und worin es unter Anderem heißt:

> „da Sie, mein Hochgeschätzter Freund, wünschen, meinen Endschluß in Betreff des zurückgelassenen Capitals zu bestimmen, so soll I. — — rc. Endlich V. soll das zurückgelassene Document in seiner Rechtskraft, bis auf weitere Ordre, verbleiben, und kann so lange ich lebe und es für nöthig finden werde, im Falle des Bedürfnisses steets von mir annullirt werden."

Hierin liege eine Bestätigung jener früheren Disposition, die derselben volle Gültigkeit verleihe. Denn der fragliche Brief genüge den Erfordernissen einer holographischen Bestimmung: er sei ganz von Mohrhard geschrieben, mit Datum versehen und von ihm eigenhändig unterschrieben; und eine solche Disposition sei nach dem zu jener Zeit in Brasilien geltenden Recht gültig gewesen. Diese letztere Behauptung bezieht sich selbstverständlich nur auf die Form, unter der, nach Brasilianischem Rechte, Verfügungen auf den Todesfall errichtet werden konnten, und ändert Nichts daran, daß der Wille des Schreibenden dahin gegangen sein muß, durch die betreffende holographische Schrift eine derartige Verfügung zu treffen. Es muß aber von vorneherein Bedenken gegen eine solche Absicht des Mohrhard erregen, daß die hervorgehobene Stelle in einem freundschaftlichen Briefe vorkommt, der keinenfalls die ausschließliche Bestimmung hatte, das fragliche Verhältniß zu reguliren, sondern gleichzeitig eine Menge anderer persönlicher und geschäftlicher Angelegenheiten bespricht, und von dem daher kaum vorausgesetzt werden kann, daß er bestimmt gewesen sei, nach dem Tode des Schreibers als Document seines letzten Willens benutzt zu werden. Auch läßt der Inhalt des Briefes eine solche Absicht nicht — oder doch jedenfalls nicht mit genügender Bestimmtheit — erkennen. Mohrhard hat in diesem Briefe, auf die das fragliche Capital betreffende Anfrage des Dr. Cretzschmar, zunächst sub I. und II. — abweichend von der am 3. Juni 1818 getroffenen Disposition derzufolge nach seines Vaters Tode die Zinsen

jährlich zum Capitale fallen sollten — über diese Zinsen theils sofort anderweit verfügt, theils die Disposition darüber sich vorbehalten. Wenn er nun sub V. ausspricht, daß das zurückgelassene Document, bis auf weitere Ordre, in seiner Rechtskraft verbleiben solle, zugleich aber hervorhebt, daß dasselbe, so lange er lebe und es für nöthig finden werde, im Falle des Bedürfnisses von ihm annullirt werden könne, so giebt er damit nur seinen Willen kund, soviel das Capital selbst (im Gegensatze zu den Zinsen) anlangt, an der früher getroffenen Disposition zur Zeit keine Aenderung vorzunehmen. Er verfügt aber so wenig jetzt über das Capital, als seine Absicht erkennbarer Weise dahin gegangen ist, etwaige formelle Mängel der früher getroffenen Verfügung durch seine dermalige Erklärung zu heilen. Vielmehr setzte er die Existenz einer gültigen Verfügung voraus; und es steht dahin, ob, wenn er gewußt hätte, daß es seiner früheren Disposition an der Rechtsgültigkeit ganz fehle, daß es also nicht einer Revocation bedürfe, um dieselbe zu entkräften, sondern vielmehr einer Bestätigung, um dieselbe aufrecht zu erhalten, er das Letztere gewählt haben würde.

Daß er nicht die Absicht gehabt, mittelst des Briefes selbst eine Verfügung auf den Todesfall zu treffen, wird noch durch den Schluß des Briefes bestätigt, wo es heißt:

> „Nach Empfang dieses werde ich ein Gerichtliches Document hier ausfertigen und Ihnen und der Gesellschaft übersenden, welches erklären soll, daß meine Onkels Michael und Daniel Mohrhardt weder Sie noch ihre Erben im Falle meines Absterben keinen Anspruch auf Erbschaft haben können."

Es hat wenigstens alle Wahrscheinlichkeit für sich, daß diese Stelle gerade auf das in Frankfurt zurückgelassene Capital zu beziehen ist. Wäre es aber die Meinung des C. W. Mohrhard gewesen, daß er schon durch den Brief die betreffende Erklärung rechtsgültig abgeben könne, und sein Wille, dies zu thun, so hätte es jenes gerichtlichen Documents entweder gar nicht oder doch nur zu dem Zwecke bedurft, um

die jetzige Verfügung in mehr förmlicher Weise zu wiederholen. Dann würde sich aber der Briefschreiber schwerlich so, wie geschehen, über seine Intention ausgedrückt haben.

Hamburg. 85.

Eduard Klaws zu Hamburg, Supplicant, Aufhebung der Vormundschaft über den minderjährigen **Ernst Arthur Bahre**, jetzt Recusation des Obergerichts betreffend.

---

1) In denjenigen Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche an die Competenz einer bestimmten Gerichtsbehörde gebunden sind, findet in gleicher Weise, wie in streitigen Rechtssachen, eine Recusation des Richters statt. Vorausgesetzt wird ein rechtliches Interesse des Recusanten.
2) Zur Begründung eines Recusationsgesuches kann nicht der Beweis wirklich vorhandener Voreingenommenheit des Richters gefordert werden; es genügt, daß ein Umstand vorliege, welcher dem Recusanten einen glaubhaften Grund bietet, vernünftiger Weise eine Befangenheit des Richters zu besorgen.
3) Die Unrichtigkeit einer vorher in derselben Sache ergangenen Entscheidung ist für sich allein kein glaubhafter Grund dieser Art.

Rechtsfall. Eduard Bahre, aus einer Hamburgischen Familie, war längere Zeit bei seinem in Mexico etablirten Bruder Theodor im Geschäft, brachte diesen bei dessen beginnender Geisteskrankheit (im Sommer 1861) nach Paris, und nahm sich daselbst am 1. September 1861 das Leben. Er hatte sich einige Monate vorher mit einer Hamburgerin, der Mutter eines von ihm außerehelich gezeugten bereits

6jährigen Knaben Ernst Arthur, mit Erlaubniß des Hamburgischen Senates per procura trauen lassen, und nachdem sie am 5. August zu Hamburg verstorben war, am 9. ejusd. zu Paris ein Testament errichtet, worin er seinen genannten Sohn zum einzigen Erben einsetzte, zwei Freunde, H. Hoth in Paris und den Kaufmann Eduard Klaws in Hamburg, zu Curatoren desselben ernannte, und ihnen die Testamentsvollstreckung übertrug. Ed. Klaws brachte, gleich nach empfangener Nachricht von dem Tode Ed. Bahre's, den Knaben Ernst Arthur, der in den letzten Wochen bei ihm verpflegt worden war, von Hamburg weg und kehrte nach etwa 8 Tagen ohne ihn zurück. Die Vormundschaftsdeputation, bei welcher von den Verwandten der beiden Eltern des Knaben widersprechende Anträge eingelaufen waren, erachtete sich für competent, weil Ed. Bahre bis zum Nachweis eines andern Sachverhaltes als Hamburgischer Staatsangehöriger anzusehen sei, und ernannte zunächst unter dem 24. Septbr. 1861 Ed. Klaws und (an Stelle des der Hamb. Jurisdiction nicht unterworfenen H. Hoth in Paris) einen Schwager der Mutter des Knaben, den Schuhmacher Krautschopp, zu Vormündern. Ed. Klaws, welcher gegen diese Abweichung vom Testament Einwendungen machte und schon gleich Anfangs die Vermuthung ausgesprochen hatte, der verstorbene Ed. Bahre werde wohl das nordamerikanische Bürgerrecht erworben haben, zeigte kurz darauf an, die nordamerikanischen Behörden hätten das dortige Bürgerrecht desselben anerkannt, und der amerikanische Consul in Paris habe den H. Hoth am 14. October als testamentarischen Vormund in Eid und Pflicht genommen. Er bestritt danach die Competenz der Hamburgischen Behörden, lehnte seine Ernennung durch sie ab, und ließ sich, seiner Angabe nach, von dem nordamerikanischen Consul zu Hamburg als Vormund beeidigen. Die Vormundsch.-Dep. bestellte darauf am 23. Octbr. den Dr. jur. G. Hachmann und den schon genannten Krautschopp zu Vormündern, indem sie zugleich erklärte: die Behauptung der auswärtigen Staatsangehörigkeit des Ed. Bahre sei zur

Zeit in keiner Weise erwiesen; für den Fall jedoch, daß die Aufnahme desselben in einen andern Staatsverband demnächst nachgewiesen werden sollte, würde die Ueberweisung der Vormundschaft an das competente forum eine Selbstfolge sein. Ed. Klaws ergriff sowohl gegen den Bescheid vom 24. September, als gegen den vom 23. October die Supplication an das Obergericht. Beide Rechtsmittel wurden aber als unbegründet verworfen.

Inzwischen hatten die beiden Hamburgischen Vormünder gleich nach ihrer Ernennung bei der Polizeibehörde beantragt, daß Ed. Klaws angehalten werde, über den Aufenthalt des von ihm weggebrachten Kindes Auskunft zu geben. Die Polizeibehörde schritt jedoch zu einer Vernehmung desselben erst, nachdem die Vormünder eine Anweisung des Obergerichtes dazu ausgewirkt hatten. Da Ed. Klaws in seiner Vernehmung (2. November 1861) sich weder zu einer hinreichend bestimmten Auskunft verstand, — er gab nur an, er habe das Kind an der Belgischen Grenze einem brieflich legitimirten Freunde des H. Hoth übergeben, welcher letztere es wohl in eine Pensions-Anstalt gebracht haben werde, — noch auch sich verpflichten wollte, bis auf Weiteres in Hamburg zu bleiben, so ließ ihn der Polizeiherr verhaften. Auf Vorlegung der Acten verfügte das Obergericht: Ed. Klaws sei zu präciseren Angaben zu veranlassen und, wenn er sie beeidige, zu entlassen. Da aber Ed. Klaws jede weitere Auskunft ebenso, wie die Beeidigung seiner bisherigen Angaben verweigerte, so instruirte das Obergericht am 13. November 1861 — nachdem die beiden Vormünder zwar um Aufrechthaltung des Arrestes gebeten, aber bestimmt erklärt hatten, daß sie Ed. Klaws nur als einen zu zwingenden Zeugen betrachteten — den Polizeiherrn zu fernerer Untersuchung, und wandte sich zugleich an den Senat mit dem Antrage, in Paris auf diplomatischem Wege Erkundigungen über den Aufenthalt des jungen Bahre einzuziehen, auch die Frage von der Berechtigung einer angeblich anderweit bestellten Vormundschaft in Erwägung zu nehmen. Unter

demselben Tage verwarf das Obergericht einen kurz vorher für Ed. Klaws supplicando gestellten Antrag auf sofortige Freilassung oder Anordnung fiscalischer Anklage, indem es dabei erklärte:

> in der Weigerung des Angeschuldigten, den Vormündern über den Aufenthalt des minderjährigen Bahre, den er ohne gesetzliche Befugniß von Hamburg weggebracht habe, Nachricht zu geben, liege der Thatbestand einer strafbaren Handlung, deren genauerer Hergang durch eine weitere Untersuchung festzustellen sei.

Die gleich darauf von dem Anwalt des Ed. Klaws, unter Berufung auf den gänzlichen Mangel eines indicirten Verbrechens und eines Verhaftungsgrundes, erneuerte Supplication um sofortige Entlassung aus der Haft wurde vom Obergericht am 19. November zurückgewiesen. Eine gegen beide Bescheide von dem Vater des Ed. Klaws ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde ist durch Erkenntniß des O.-A.-Gerichtes vom 23. December 1861 als unbegründet verworfen worden. Die Untersuchung war bis dahin ohne allen Erfolg fortgesetzt worden. Kurz darauf wurde indessen Ed. Klaws, nach Eingang der Anzeige, daß H. Hoth in Paris den jungen Bahre dem dortigen amerikanischen Consul vorgeführt habe, seiner Haft entlassen; und von da an ergeben die Untersuchungsacten keine weiteren Vorschritte.

Um dieselbe Zeit erhoben die beiden Hamburgischen Vormünder beim Niedergericht eine gegen Ed. Klaws und H. Hoth gerichtete Klage auf Herausgabe ihres Mündels sowie des Nachlasses von Ed. Bahre, soweit er sich im Besitz der Beklagten befinde. Während H. Hoth sich mit der Vernehmlassung präcludiren ließ, vertheidigte sich Ed. Klaws mit der Einrede der dunkeln Klage und der Incompetenz. Das Niedergericht wies am 23. Mai 1862 die Klage angebrachter Maßen ab, weil nur Einer der beiden Beklagten dem Hamburgischen forum unterworfen sei und daher eine unstatthafte subjective Klagencumulation vorliege. Da die Kläger hiegegen appellirten, trat Ed. Klaws mit einem

Recusationsgesuch gegen das Obergericht auf, welches jedoch durch Erkenntniß des O.-A.-Gerichtes vom 18. December 1862 als unbegründet zurückgewiesen wurde. Wie die Hamburgischen Vormünder gegenwärtig gelegentlich bemerkt haben, ist darauf die Abweisung der Klage vom Obergericht bestätigt worden.

Noch vor Beendigung dieser Civilsache, am 31. März 1862, wandte sich Ed. Klaws mit einer neuen Eingabe an die Vormundschaftsdeputation, indem er einen von dem Gerichtshof der Stadt Brooklyn (Newyork) am 22. Mai 1861 für „Eduard Bahre" ausgestellten Bürgerbrief in beglaubigter Abschrift producirte, und darauf gestützt um sofortige Aufhebung der Hamburgischen Vormundschaft bat. In einem sich daran knüpfenden Schriftwechsel mit den beiden Hamburgischen Vormündern suchte Ed. Klaws die von den letzteren aus mehreren Gründen bestrittene Beweiskraft dieses Documentes noch näher darzulegen. Die Vormundschaftsdeputation gab indessen am 22. October 1862 den Bescheid, daß sie nach dem bisher Beigebrachten sich nicht veranlaßt sehen könne, auf die beantragte Aufhebung einzugehen. Ed. Klaws ergriff dagegen die Supplication an das Obergericht, und erklärte zugleich, daß er dasselbe, wie in der obigen Civilsache, recusiren müsse. Nachdem er (erst 1864) sein Recusationsgesuch weiter ausgeführt hatte, und die beiden Hamburgischen Vormünder mit einer Vernehmlassung gehört worden waren, erfolgte

Oberappellationsgerichts-Erkenntniß
vom 23. November 1865

dahin, daß der Supplicant mit dem angebrachten Recusationsgesuche zuzulassen sei, und daher das Obergericht nach geschlossener Verhandlung über die an dasselbe ergriffene Supplication die Acten zur Abfassung des Erkenntnisses über dieses Rechtsmittel an ein deutsches Spruchcollegium zu versenden habe.

Entscheidungsgründe.

— — — In der Sache selbst stellten sich

I. die von den beiden Vormündern erhobenen formellen Einwendungen als unbegründet dar. Es ist nemlich

1) von ihnen behauptet worden, die Recusation sei unstatthaft, weil hier nicht eine richterliche Entscheidung unter Parteien, sondern ein dem Kreise der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehöriges Administrativdecret in Frage stehe. Allein in denjenigen Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche an die Competenz einer bestimmten Gerichtsbehörde gebunden sind, kann eine Recusation der letzteren keineswegs für unstatthaft gehalten werden. Wenn die Besorgung der nicht streitigen Rechtssachen oder eines Zweiges derselben — z. B. die Ausübung der obervormundschaftlichen Thätigkeit — den Gerichtsbehörden übertragen ist, so hat die Gesetzgebung eben damit zu erkennen gegeben, daß sie vorwiegend die Gewährung eines zuverlässigen Rechtsschutzes im Auge gehabt, und daß sie zu diesem Zweck entscheidenden Werth darauf gelegt habe, Personen dafür zu bestellen, die neben der erforderlichen Sachkunde zugleich die Stellung und Qualität von Richtern für sich haben. Ist dieses aber der Fall, so können auch die Voraussetzungen für die Ausübung des Richteramts im einzelnen Fall keine anderen sein, als in streitigen Rechtssachen, und es müssen die Grundsätze von Unfähigkeit und Recusabilität eines Richters in gleicher Weise wie dort zur Anwendung kommen. Daß in den Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom Richter, sei es in der Instruction oder in entscheidenden Verfügungen, ebenso gut erhebliche Rechtsverletzungen zugefügt werden können, als in Streitsachen, und daß eben darum das Bedürfniß „strenger Unbefangenheit und Entfernung von jeder einseitigen Begünstigung" ganz das nemliche ist, leuchtet von selbst ein.

Vergl. W. H. Puchta, Handb. des gerichtl. Verf. in S. der freiwill. Gerichtsb. Th. I. S. 33 a. E. S. 147.

Daß sich hier die Rechtsuchenden nicht gerade in förmlichen Parteirollen gegenüber stehen, ist unwesentlich, da eine Col-

lision verschiedener rechtlicher Interessen nicht bloß vorkommen kann, sondern sich sehr oft einem wahren Rechtsstreit ganz analog gestaltet. Und wo auch nur ein Interessent dem Richter gegenüber steht, ist das Verhältniß kein anderes, als in den nach dem Untersuchungsprincip behandelten Strafsachen, in denen an der Statthaftigkeit einer Recusation des Richters nicht gezweifelt wird. Die Möglichkeit, daß Jemand, der ohne Gegner an einer gerichtlichen Verhandlung betheiligt ist, in den Fall kommen könne, den Richter zu recusiren, ist denn auch in einer Stelle des canonischen Rechtes,

c. 61. pr. X. de appell. (2. 28)

ganz allgemein anerkannt worden, was ebensowohl auf das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, als auf Untersuchungssachen zu beziehen ist.

Vergl. Cropp in den jurist. Abhandl. Th. II. S. 56.

Es kann hiernach nur darauf ankommen, daß der, welcher in einer nicht-streitigen Sache mit einem Recusationsgesuche auftreten will, an der Leitung und Entscheidung derselben rechtlich interessirt sei. Daran kann aber im vorliegenden Falle nicht gezweifelt werden. Der Supplicant glaubt nachweisen zu können, daß den Hamburgischen Behörden jede Competenz zur Bestellung einer Vormundschaft über Ernst Arthur Bahre fehle. Ob er damit durchdringt, oder nicht, das würde zunächst für die persönlichen und Vermögensverhältnisse des genannten Mündels von wichtigem Einflusse sein. Obwohl nun für die Behauptung des Supplicanten, daß er von einer nordamerikanischen Behörde als Vormund des E. A. Bahre beeidigt worden sei, sich bei den jetzigen Acten kein Nachweis befindet, so muß er doch schon vermöge seiner unbestrittenen testamentarischen Ernennung zum Vormunde insoweit zur Vertretung des Mündels für befugt erachtet werden, daß er bei den Hamburgischen Behörden eine Prüfung und Anerkennung ihrer eigenen Incompetenz herbeizuführen und dadurch die aus dem angeblich unberechtigten Eingreifen derselben erwachsenden Schwierigkeiten zu beseitigen suchen darf. Es kommt aber hinzu, daß

der Supplicant in natürlicher Consequenz seiner Ansicht es abgelehnt hat, sich als testamentarischer Vormund von der Hamburgischen Behörde bestätigen zu lassen, und daß darum die Verwirklichung seiner Rechte als testamentarisch berufener Vormund mehr oder weniger mit von der beantragten Entscheidung abhängt, der Supplicant also insofern auch für seine Person dabei interessirt ist. Es läßt sich unter diesen Umständen nicht verkennen, daß die Stellung des Supplicanten einerseits und der beiden in Hamburg bestellten Vormünder andererseits dem Verhältniß processualischer Parteien ganz nahe kommt.

2) Außerdem ist eingewandt worden, der Supplicant habe sich selbst präjudicirt, theils weil er nicht schon die Vormundschaftsdeputation, die nur eine Section des Obergerichtes sei, perhorrescirt habe, theils weil er in seinem Supplicationslibell den an das Obergericht gerichteten Antrag auf Abänderung des angefochtenen Decrets dem Recusationsgesuche habe vorausgehen lassen. Die völlige Grundlosigkeit beider Einwendungen ist klar, da nach Art. 106 f. der Vormdsch.-Ordnung das Obergericht im Verhältniß zur Vormundschaftsdeputation eine selbstständige zweite Instanz bildet, woran durch § 26 des Gesetzes vom 28. September 1860 nichts geändert worden ist, und da die Einführung des Rechtsmittels der Supplication erst den Anlaß zur Recusation der Mitglieder des Obergerichts darbot.

II. Was die materielle Beurtheilung der Sache betrifft, so ist zwar das jetzige Recusationsgesuch wesentlich auf dieselben Gründe gestützt worden, wie das in dem connexen Civilproceß durch Urtheil vom 18. December 1862 abgewiesene. Allein die Lage der jetzigen Sache ist doch in zweierlei Hinsicht eine verschiedene. Einmal darin, daß jetzt die Frage von der obervormundschaftlichen Competenz der Hamburgischen Behörden direct und ausschließlich der Gegenstand der Verhandlung ist, während dieselbe damals nur einen von mehreren zur Entscheidung stehenden Punkten bildete, und der Rechtsstreit nach Angabe der Betheiligten auch wirklich aus

davon unabhängigen Gründen entschieden worden ist. Sodann darin, daß damals, wie ausdrücklich hervorgehoben wurde, eine actenmäßige Aufklärung über Anlaß und Verlauf der gegen den Recusanten eingeleiteten Criminaluntersuchung fehlte, während diesem Mangel jetzt abgeholfen ist und in Folge dessen namentlich auch die Connexität der Criminalsache mit der jetzigen Vormundschaftssache erst bestimmter beurtheilt werden kann.

Die hervorgehobene Verschiedenheit führt

1) bei dem ersten der geltend gemachten Recusationsgründe (№ 1 und 2 des Supplicationslibelles) zu keinem anderen Resultat. Dieser Grund besteht darin, daß die Mitglieder der Vormundschaftsdeputation den Dr. Hachmann und R. M. C. Krautschopp zu Vormündern des jungen C. A. Bahre ernannt, und die das Plenum des Obergerichtes bildenden Mitglieder diese Ernennung bestätigt, auch beide Behörden dieselbe aufrecht erhalten hätten, obwohl bereits das vom Supplicanten damals Beigebrachte die Ueberzeugung von der Incompetenz der Hamburgischen Behörden hätte begründen müssen.

Es handelt sich hier nicht, wie in der früheren Civilproceßsache, um ein Zusammentreffen der proceßrichterlichen und der obervormundschaftlichen Functionen in denselben Personen, sondern um Fortsetzung der nemlichen Sache, der Vormundschaftssache, in verschiedenen Stadien. Erst mit seiner Eingabe vom 31. März 1862 hat der Supplicant das Document (den nordamerikanischen Bürgerbrief des verstorbenen Ed. Bahre) vorgelegt, welches er selbst für das wichtigste und entscheidendste erachtet, und worüber das Obergericht nun erst in zweiter Instanz urtheilen soll. Selbstverständlich kann nun der Umstand, daß die früheren producta des Supplicanten — seiner Angabe nach: ein nordamerikanischer Paß des Ed. Bahre, Bescheinigungen amerikanischer Behörden und der Nachweis der von den amerikanischen Consulaten zu Paris und Hamburg vorgenommenen Vormünder-Beeidigung — vom Obergericht in seinen Decreten vom 8. October und

6. November 1861 nicht für genügend angesehen worden sind, die nordamerikanische Staatsangehörigkeit des Ed. Bahre und seines Sohnes darzuthun, für sich allein keinen Recusationsgrund bei der Beurtheilung der Sache in ihrem jetzigen Stadium abgeben. Angenommen, die damaligen Verfügungen des Obergerichtes wären unrichtig gewesen, so kann doch die bloße Unrichtigkeit gerichtlicher Entscheidungen auch bei Fortsetzung der nemlichen Sache noch kein Mißtrauen gegen den Richter begründen. Nur dann würde davon die Rede sein können, wenn in den gedachten Entscheidungen ein auffallender Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen oder Rechtsgrundsätze zu finden wäre. Das O.-A.-Gericht ist aber gar nicht in der Lage, beurtheilen zu können, ob ein Fall der Art vorliege. Die erwähnten früheren producta und die dazu gehörigen Deductionen des Supplicanten befinden sich nicht bei den gegenwärtigen Acten, und die zweifache Ausführung des jetzigen Recusationsgesuches enthält nicht einmal substantiirte Angaben, welche erkennen ließen, daß und in welcher Hinsicht dem Obergericht ein offenbarer Verstoß zur Last fallen sollte.

2) Als erheblich stellte sich dagegen der zweite Recusationsgrund (№ 3 des Supplicationslibelles) dar, welcher daraus hergenommen ist, daß dem Supplicanten durch die vom Obergericht gegen ihn angeordnete und mit beinahe 8wöchentlicher Haft verbundene Untersuchung wegen verweigerter Auskunft über den Aufenthalt des E. A. Bahre ein Unrecht geschehen und in Beziehung auf die vorliegende Vormundschaftssache ein Zwang auferlegt worden sei. Zwar kann auf den allgemeinen Vorbehalt von Satisfactionsansprüchen, welchen der Supplicant wegen des gegen ihn eingeleiteten Strafverfahrens wiederholt ausgesprochen hat, auch jetzt kein Gewicht gelegt werden. Dagegen kommt hier Folgendes in Betracht.

Wenn das Obergericht in seinem Decret vom 13. November 1861 — demjenigen, wodurch der bereits seit dem 2. ejusd. verhaftete Supplicant erst bestimmt in den Stand der Anschuldigung versetzt wurde — erklärte,

„in der Weigerung desselben, den Vormündern über den Aufenthalt des minderjährigen Bahre, den er ohne gesetzliche Befugniß von Hamburg weggebracht habe, Nachricht zu geben, liege der Thatbestand einer strafbaren Handlung, deren genauerer Hergang durch eine weitere Untersuchung festzustellen sei,“

so muß es dahin gestellt bleiben, von welcher criminalistischen Ansicht dabei ausgegangen wurde. Aus demjenigen, was hier dem Supplicanten zum Vorwurf gemacht wird, ist jedoch, auch mit Berücksichtigung aller in den adjungirten Untersuchungsacten ermittelten Umstände, in keiner Weise zu erkennen, daß der Supplicant sich wirklich einer gesetzlich strafbaren Handlung schuldig gemacht habe, und welche Art von Vergehen ihm zur Last gelegt werde. So wie die Erklärung lautet, muß sie daher als eine unrichtige bezeichnet werden, und es läßt sich nicht verkennen, daß der Supplicant, welchem in Gemäßheit dieser Erklärung angekündigt wurde (Vernehmung vom 20. November 1861), daß er Untersuchungsgefangener sei, seinerseits gegründete Ursache hatte, darin ein ihm zugefügtes schweres Unrecht zu erblicken. Derselbe hat denn auch von Anfang an gegen dieses strafrechtliche Einschreiten auf das entschiedenste protestirt, und schon in der Untersuchung selbst hinreichend zu erkennen gegeben, wie bitter er das ihm widerfahrene Unrecht empfinde. Zugleich kann man nicht umhin anzunehmen, daß er sich, wie er gleich bei Einleitung der Untersuchung bestimmt erklärte, von der Incompetenz der Hamburgischen Obervormundschaft völlig überzeugt hielt, und deshalb zu seinem Widerstande gegen die Anforderungen der dortigen Vormünder ein Recht zu haben glaubte. Dies beweis't sein ganzes Verhalten, und namentlich auch der Umstand, daß er sich bereits in dem Vorverfahren bei der Vormundschaftsdeputation (im September 1861) auf die Existenz eines nordamerikanischen Bürgerbriefes des Ed. Bahre, der nur nicht sofort vorgelegt werden könne, berufen hatte, und nunmehr einen solchen — wie über denselben auch demnächst geurtheilt werden möge — wirklich bei-

gebracht hat. Unter diesen Umständen war es sehr begreiflich, wenn der Supplicant die seiner Ueberzeugung nach mit Unrecht verhängte Untersuchung mit dem damaligen Stande der Vormundschaftssache in Verbindung brachte, und zu der Ansicht gelangte, daß bei dem Obergericht ein übertriebener Eifer für Aufrechthaltung der obervormundschaftlichen Competenz der Hamburgischen Behörden, oder, wie er sich ausdrückt, „eine Tendenz, die ganze Bahre'sche Angelegenheit durchaus in Hamburgischen Händen zu behalten," von Einfluß gewesen sei und dasselbe sich dadurch zu einer irrthümlichen criminalistischen Auffassung, und folgeweise zur Uebung eines indirecten Zwanges gegen ihn, habe verleiten lassen. Dazu kommt noch zweierlei, was ihn hierin zu bestärken geeignet war. Einmal der Umstand, daß die polizeilichen Zwangsmaßregeln gegen den Supplicanten unter Genehmigung des Obergerichtes (vergl. dessen Decrete vom 29. October und 5. November 1861) zu einer Zeit begonnen hatten, als noch gar nicht zu erkennen gegeben war, daß es sich um Untersuchung eines Vergehens handle, es vielmehr das Ansehen hatte, als werde er in Bezug auf die von den Vormündern verlangte Auskunft als renitenter Zeuge behandelt. Sodann der Umstand, daß nach eingetroffener Nachricht über den Aufenthalt des E. A. Bahre in Paris zwar der Supplicant seiner Haft entlassen wurde, — seiner Angabe nach nur gegen juratorische Caution — die gegen ihn eingeleitete Untersuchung aber, soweit sich aus den Acten entnehmen läßt, völlig liegen geblieben ist, was der Supplicant von seinem Standpunkt aus nicht anders ansehen konnte, als daß das Obergericht, welchem es oblag, die angeordnete Untersuchung zum Schluß und zur Entscheidung zu bringen und damit dem Stande der Anschuldigung des Supplicanten ein Ende zu machen, das anfängliche Unrecht gegen ihn fortgesetzt und bis zum Anbringen des Recusationsgesuches aufrecht erhalten habe.

Nach allen diesen Umständen erscheint es glaublich und subjectiv ausreichend motivirt, wenn der Supplicant in dem

strafrechtlichen Einschreiten — bei welchem er überdies als Laie sich die Möglichkeit einer verschiedenen criminalistischen Auffassung nicht so leicht vorzustellen im Stande war — ein Zeichen von Befangenheit des Obergerichtes fand, und einen nachtheiligen Einfluß der vorausgesetzten Tendenz auch für die fernere Beurtheilung der Vormundschaftssache besorgte. Das O.-A.-Gericht ist aber stets der Ansicht gefolgt, daß es bei Recusationen nicht auf einen Beweis wirklich vorhandener Voreingenommenheit ankomme, daß es vielmehr genüge, wenn ein Umstand vorliege, welcher dem Recusanten einen glaubhaften Grund biete, vernünftiger Weise eine Befangenheit des Richters zu besorgen.

Mußte hiernach dem angebrachten Recusationsgesuche stattgegeben werden, so war zugleich Bestimmung zu treffen, auf welchem Wege eine Entscheidung in der Sache selbst herbeizuführen sei. Dem bisher vom O.-A.-Gericht regelmäßig beobachteten Verfahren entspricht es, die Versendung der Acten an ein deutsches Spruchcollegium zur Abfassung des Erkenntnisses im Namen des Obergerichtes zu verfügen, die zu diesem Zweck erforderlichen Schritte aber dem Obergerichte zu überlassen; und zu einer Abweichung hiervon bietet der vorliegende Fall keinen Anlaß dar.

Frankfurt. 86.

Andreas Stroebel zu Kleinkarben im Großherzogthum Hessen, Kläger, wider **Franz Adalbert Sarg** zu Frankfurt, Beklagten, Arrestanlegung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Wegen einer ihm gerichtlich zuerkannten Forderung von 2919 fl. 18 Kr. hatte der Kläger auf ein Guthaben seines Schuldners, des Dr. Jaup, der inzwischen Deutschland verlassen hatte, Arrest bei dem Beklagten gelegt. Diesem Letzteren nemlich war von Dr. Jaup bei Uebernahme einer Pach-

tung eine Caution von fl. 6000 baar geleistet, welche für etwaige Verbindlichkeiten des Pächters als Deckung dienen und bei Beendigung des Pachtverhältnisses regulirt werden sollte.

Zwischen dem Beklagten und seinem Pächter, Dr. Jaup, war nun in Betreff ihrer Rechnungsverhältnisse Streit entstanden und darauf ein mehrjähriger Proceß geführt, der schließlich durch einen Vergleich vom Jahre 1860 erledigt ward. In diesem Vergleich hatte sich Dr. Jaup zur Zahlung von fl. 6500 verpflichtet, wogegen beide Theile auf alle weiteren Ansprüche gegen einander verzichteten.

Nach dieser Abmachung hatte mithin Dr. Jaup auf die von ihm hinterlegte Caution von fl. 6000 nicht nur nichts vom Beklagten herauszubekommen, sondern diesem Letzteren vielmehr noch Weiteres zu zahlen, und Kläger konnte daher auf Grund seines Arrestes von dem Beklagten keine Befriedigung für seine liquide Forderung an Dr. Jaup erlangen.

Dieses Verhältniß führte zu der gegenwärtigen Klage, indem der Kläger nunmehr unter der Behauptung, daß zu seinem Nachtheil jener Vergleich simulirt sei, den Betrag seiner Forderung an Dr. Jaup von dem Beklagten bezahlt zu erhalten verlangte, da nach Abrechnung der vergleichsmäßig dem Beklagten an Dr. Jaup wirklich zustehenden Forderung von der Caution eine die klägerische Forderung deckende Summe übrig geblieben sein würde.

Das Stadtgericht erkannte nun unter dem 20. November 1863 auf klägerischen Beweis dahin:

> daß der quästionirte Vergleich, insonderheit die darin enthaltene Bestimmung der Vergleichssumme auf fl. 6500 simulirt, die Vereinbarung unter den Contrahenten in Wahrheit vielmehr auf eine weit geringere und jedenfalls so geringe Vergleichssumme gegangen sei, daß, nach Abrechnung derselben auf die mit fl. 6000 in den Händen des Sarg befindliche Caution von Letzterer ein die judicatmäßige Forderung des Klägers an Jaup ganz oder wenigstens zum Theil deckender Betrag zu Gunsten des Jaup übrig geblieben sei.

Nach stattgehabter Beweisführung durch Zeugen und Eideszuschiebung ward darauf unter dem 23. Januar 1865 dem Beklagten auferlegt, einen ihm zugeschobenen und von ihm acceptirten Eid über die Negative des Beweissatzes zu schwören, da die Aussagen der klägerischen Zeugen Nichts ergäben, die Aussage des einzigen Gegenbeweiszeugen dagegen, obschon dem Beklagten durchaus günstig, doch nicht dazu führen könne, einen Reinigungseid des Letzteren zu rechtfertigen.

Beide Theile appellirten und es erfolgte nunmehr auf Grund einer beklagtischen Eventualbeschwerde ein Erkenntniß des Appellations-Gerichtes vom 12. April 1865, welches zwar im Uebrigen das erstinstanzliche Urtheil bestätigte, dagegen aber dem Beklagten gestattete, zu schwören

entweder,

daß der Vergleich vom Jahre 1860, insonderheit die darin enthaltene Vergleichssumme von fl. 6500, nicht simulirt sei;

oder

daß die Vereinbarung nicht auf eine geringere Summe u. s. w. (ganz nach der Stadtgerichtlichen Fassung) gegangen sei.

Gegen dies Erkenntniß appellirte der Kläger an das Ober-Appellationsgericht, und ward von Diesem unter dem 23. November 1865 erkannt: daß der Beklagte statt des ihm zugeschobenen, im vorgedachten Erkenntnisse formulirten Eides einen Reinigungseid abzuleisten schuldig sei:

daß es nicht wahr sei, daß die in der Vergleichsurkunde vom 17. Octbr. 1860 verzeichnete Vergleichssumme deshalb auf die Summe von fl. 6500 angegeben worden sei, weil er, Beklagter, sich verpflichtet habe, 2000 fl. oder wie viel weniger bis 1500 fl. dem Advocaten Faust für Rechnung des Dr. Jaup auszuzahlen.

Entscheidungsgründe.

Anlangend die materielle Beurtheilung, so kommt es, nach Maßgabe der in jetziger Instanz von dem Kläger gegebenen

Erklärung, nicht mehr auf den Beweis der Simulation des in Rede stehenden Dr. Jaup-Sarg'schen Vergleichs vom 17. Octbr. 1860 in dessen gesammtem Umfange an, wie der Kläger eine solche ursprünglich behauptet hatte, sondern das Factum, in welchem nach der jetzigen specielleren Angabe des Klägers die Simulation liegen soll, besteht darin,

> daß, während der zwischen Dr. Jaup und dem Beklagten durch den in den Acten besprochenen, am 17. Octbr. 1860 geschlossenen Vergleich wirklich festgestellte, auf die Cautionsgelder zu compensirende Schuldbelauf des Ersteren an Letzteren nur 4000 event. 4400 oder 4500 fl. betragen habe, die Transigenten jene Summe in der Vergleichsurkunde höher (auf 6500 fl.) angegeben hätten, um es zu ermöglichen, daß, ungeachtet des im März 1857 zu Gunsten des Klägers bei dem Beklagten gegen Dr. Jaup angelegten Arrestes, aus den in des Beklagten Besitz befindlichen und nach dem wahren Inhalte des Vergleiches bis zur Summe von 1500, 1600 oder 2000 fl. zu Gunsten des Dr. Jaup freibleibenden Cautionsgeldern eine Zahlung der letztgedachten Größe an den Dr. Jaup'schen Advocaten Faust gemacht werde.

Die Frage, ob für dies vom Kläger behauptete Factum ein vollständiger oder doch ein bis zum Suppletorium führender klägerischer Beweis vorliege, ist zu verneinen. Denn von den vernommenen vier resp. Beweis- und Gegenbeweiszeugen haben die Zeugen Physicus Dr. Theobald, Pfarrer Faust und Advocat Cramer, der letzte gar nichts die Sache selbst Betreffendes, die ersteren Nichts, was jener factischen Angabe des Klägers entspräche, ausgesagt. Zwar haben sie deponirt, daß ihnen als Vormündern der minderjährigen Kinder des nach Abschluß des Vergleichs verstorbenen Advocaten Faust 1500 oder 1600 fl. von dem Beklagten ausgezahlt worden seien, welche Gelder zur Ausgleichung oder doch Milderung des Verlustes bestimmt gewesen seien, den der verstorbene Faust (später dessen Kinder) auf die Forderung für Deserviten und Auslagen an Dr. Jaup erlitten habe; allein nach

ihrer Aussage liegt der Grund dieser Zahlung nicht in einer zwischen dem Beklagten und Dr. Jaup oder dem Advocaten Faust als Mandatar desselben getroffenen Vereinbarung, sondern in einer Liberalität des Beklagten, welcher die bedürftigen Kinder des Advocaten seines ehemaligen Gegners unter dessen Zahlungsunfähigkeit nicht habe leiden lassen wollen. Bewiesen ist demnach durch diese Zeugen das in Rede stehende oben näher angegebene Factum nicht; allein eben so wenig kann in den Angaben derselben ein völliger Gegenbeweis gefunden werden. Denn, wenn das vom Kläger behauptete Abkommen zwischen dem Beklagten und dem verstorbenen Faust angegebenermaßen abgeschlossen sein sollte, so würde selbstverständlich der wirkliche Inhalt des Geschäfts nicht nach Außen haben bekannt gemacht werden dürfen, und die Nothwendigkeit oder doch Rathsamkeit des Nicht-Bekanntwerdens jenes Inhaltes würde selbst bis auf die mit dem wahren Sachverhalt unbekannt zu lassenden Vormünder der Faust'schen Kinder sich haben erstrecken können, welche gleichwohl seitens einer derjenigen Personen, welche mit dem eigentlichen Sachverhalt bekannt waren, zu Schritten bei dem Beklagten im Interesse ihrer Pupillen veranlaßt werden konnten, die dann unter der äußeren Erscheinung einer Liberalität Dasjenige zum Ergebniß hatten, was in Wirklichkeit auf einem mit dem verstorbenen Faust geschlossenen Vertrage beruhete. Liegen nun freilich Beweis- oder auch nur nahe Vermuthungsgründe dafür, daß sich dies in Betreff der beiden als Zeugen vernommenen Vormünder so wie vorstehend bemerkt verhalten habe, (da es unsicher sein würde, die Aeußerung des Zeugen Advocaten Bingell, die fragliche Zahlung sei auf sein Anrathen zu Gunsten der Faust'schen Kinder gemacht worden, hieher zu beziehen) nicht vor, so genügt doch die aufgestellte Möglichkeit, um von der Annahme eines in den Aussagen jener beiden Zeugen liegenden vollständigen Gegenbeweises abzusehen. — Als allgemeiner für den Kläger redender Vermuthungsgrund bleibt dagegen der Umstand übrig, daß eine Liberalität, wie diejenige sein würde, welche

zufolge des Obigen hier angenommen werden müßte, unter den in Betracht kommenden Umständen, und zu dem Belaufe, in welchem sie verwiesen worden wäre, zu den sehr ungewöhnlichen Vorkommnissen gezählt werden müßte.

Die Deposition des Zeugen Bingell liefert freilich den Beweis des hier in Rede stehenden Umstandes nicht, und es kann auf Grund derselben auch nicht von einem klägerischen Suppletorium zum Zwecke der Bewahrheitung desselben die Rede sein. Allein Dasjenige, was der Zeuge in schwankender Weise über die, wie er meine, vor oder bei dem Vergleichsabschluß dem Advocaten Faust vom Beklagten gemachte und später durch Auskehrung von, wie der Zeuge annimmt, 2000 fl. an die Vormünder der Faust'schen Minorennen in Ausführung gebrachte Zahlungszusage angegeben hat, läßt doch auch hier die Annahme eines vorliegenden Gegenbeweises unthunlich erscheinen, und giebt sogar genügenden Anlaß, um in Mitberücksichtigung des einigermaßen auffallenden Umstandes, daß den Vormündern von jener Zusage Nichts mitgetheilt worden ist, sowie in Betracht der schon oben berührten gegen eine anzunehmende Liberalität sprechenden Wahrscheinlichkeitsgründe, auf ein beklagtisches Purgatorium zu sprechen, und zwar dasselbe speciell auf dasjenige Factum zu richten, welches, wie oben angegeben, im Laufe des Processes auf Grund der Zeugenaussagen als das von dem Kläger eigentlich Behauptete sich herausgestellt hat.

Der Inhalt des Purgatoriums mußte im Wesentlichen demjenigen des Suppletoriums entsprechen, zu welchem seinerseits der Kläger auf Grund der ersten Eventualität seiner Hauptbeschwerde zugelassen zu werden beantragt hat. Dagegen konnte die klägerischerseits in weiterer Eventualität in Vorschlag gebrachte Formulirung keine Beistimmung finden, da ein dem verstorbenen Advocaten Faust vom Beklagten versprochenes wirkliches Geschenk ohne Relevanz zu Gunsten der Ansprüche des Klägers sein würde.

Da der Betrag der den Vormündern der Faust'schen Minorennen vom Beklagten geleisteten Zahlung von den

Zeugen nicht übereinstimmend angegeben worden ist (Bingell 2000 fl., Pfarrer Faust 1500 oder 1600 fl., Physicus Dr. Theobald „wenn er nicht irre" 1500 fl.), so war es nothwendig, außer auf die Bingellsche (zugleich auch klägerische) Angabe von 2000 fl., auch auf die anderen Angaben, bis zu 1500 fl., bei Bestimmung der Eidesformel Rücksicht zu nehmen.

Hamburg. 87.

G. H. Lorenz zu Hamburg, Kläger und Widerbeklagter, wider J. Ferd. Nagel daselbst, Beklagten und Widerklägern, Fautfracht und Schadensansprüche betreffend.

---

1) Zur Annahme einer Conformität ist nicht erforderlich, daß die frühere Entscheidung ausdrücklich bestätigt wurde, sofern es nur klar ist, daß die höhere Instanz eine Abänderung des Erkenntnisses der vorigen Instanz nicht beabsichtigte.

2) Wenn ein casus den Abgang eines Schiffs vor Ablauf der Wartezeit herbeiführt, so ist derselbe zu Lasten des Verfrachters. Ist eintretendes Frostwetter ein solcher casus?

3) Durch die in einer Charter enthaltene Verabredung „Expedition des Schiffs jedenfalls vor Frost" übernimmt der Befrachter das Risico in Betreff des Frostwetters, welches den Abgang des Schiffs auch vor vollständig beschaffter Abladung nothwendig macht.

4) Hat eine Partei in der vorigen Instanz nach der Richtung hin, in welcher eine Abänderung erfolgen müßte, neben einer weiter gehenden Beschwerde eventuelle Beschwerden aufgestellt, so muß angenommen werden, daß sie eine anderweitige Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses als die von ihr beantragte nicht beabsichtigt habe und ist eine weiter gehende Beschwerde in der höheren Instanz nicht mehr zuläßig.

Rechtsfall. Kläger hatte im Herbst 1862 das Schiff Voorwaarts für eine Reise von Hamburg nach Buenos-Ayres und Montevideo gechartert. Die Charter enthielt in Betreff der Abgangszeit die Clausel: „Expedition medio December, jedenfalls vor Frost." Im October schloß er mit dem Beklagten einen Vertrag, nach welchem letzterer in diesem damals schon in Ladung liegenden Schiffe circa 15,000 Cubikfuß Raum für diverse Güter nach seiner Wahl zur Fracht von 10 Dollars in full per 80 Cubikfuß miethete. Den Inhalt dieses Vertrags faßte Beklagter in einem Briefe vom 20./22. October (Anlage 3) zusammen, mit dem sich Kläger, nachdem eine Differenz in Betreff der Benutzung der Kajüten beseitigt war, in einem Schreiben vom 23. Oct. (Anlage E) einverstanden erklärte. In dem ersteren Briefe heißt es unter andern:

„Das Schiff ist verpflichtet, wenn ich (Nagel) es wünsche, am 25. November d. J. von hier zu segeln, doch erforlichen Falls werden Sie (Lorenz) es noch ohne weitere Kosten acht à zehn Tage länger hier aufhalten, nach rechtzeitiger Meldung."

Einige Tage vor Abfassung des Briefes will Kläger dem Beklagten einen vom Schiffsmakler Burchard geschriebenen Zettel unter der Bevorwortung vorgezeigt haben, daß derselbe die Bedingungen der abgeschlossenen Chartepartie enthalte; Beklagter habe diesen Zettel gelesen und sich für die mit ihm abzuschließende Befrachtung mit diesen Bedingungen einverstanden erklärt.

Da Frostwetter eintrat, mußte das Schiff schon am 29. November abgehen und wurde per Dampfer nach Glückstadt gebracht.

Kläger engagirte zur Vervollständigung der Ladung den Leichter „Elbe" und will mit dem Beklagten übereingekommen sein, daß dieser einen Theil der Leichterkosten tragen solle; letzterer habe ferner am 1. December versprochen, die Güter an den Leichter zu bringen, der jedoch, ohne daß dies geschehen war, am 2. December abging.

Kläger begehrt die Fautfracht für den vom Beklagten nicht benutzten Raum (circa 2600 Cubikfuß) mit 325 Dollars, Ersatz von $^3/_4$ der Leichterkosten mit 771 ℔ 9 ß Bco., sowie des Stauerlohns, nebst Zinsen und Kosten.

Beklagter excipirte: die Forderung sei unbegründet, da

1) der Capitän nicht den leeren Raum constatirt oder protestirt habe, wie Art. 5 tit. 15 P. II. Stat. vorschreibe, und

2) nach dem abgeschlossenen Contracte, der in dem Briefe vom 20./22. October enthalten sei, das Schiff bis zum 5. December hätte warten müssen.

3) Am 29. November habe Beklagter, ohne übrigens eine Verpflichtung dazu zu übernehmen, dem Kläger erklärt, er wolle am 1. December die Waaren nach dem Baumwall fahren lassen, um sie an Bord des Leichters zu bringen, was auch geschehen sei. Kläger aber habe am 1. December dem Beklagten erklärt, daß der Leichterschiffer kein Stück von seinen Gütern mehr laden solle, und habe auch der letztere keine Güter mehr übernehmen wollen.

Es wird um Abweisung der Klage gebeten und widerklagend die Erstattung der durch die versuchte und vom Kläger vereitelte Verladung entstandenen Kosten und Schäden im Betrage von 572 ℔ 5 ß Bco. begehrt.

Unterm 7. Juni 1864 erkannte das Handelsgericht: Da zwar unter den vorliegenden Umständen der Beklagte, ohne vorgängig Constatirung des leeren Raums im Schiffe Voorwaarts zu verlangen, den Abgang des Schiffes von hier hat geschehen lassen, auch durch sein ferneres Verhalten dargethan hat, daß er die Existenz des leeren Raums nicht bezweifle, ein Einwand gegen den erhobenen Fautfracht-Anspruch aus dem Grunde, daß später nicht in Gemäßheit Art. 5 Stat. II. 15 der leere Raum constatirt oder, um dem Beklagten annoch Gelegenheit zu geben, sich von dem Vorhandensein des leeren Raums durch den Augenschein zu überzeugen, protestirt ward, nicht würde entnommen werden können, indem bei dem bereits erfolgten Abgang des Schiffs eine solche Augenscheins-Einnahme doch unthunlich gewesen wäre;

da jedoch, nachdem nunmehr das Schreiben, Anlage E. als von dem Kläger herrührend und auf das beklagtische Schreiben Anlage 3 bezüglich anerkannt worden, sich ergiebt, daß nach den zwischen den Partcien schriftlich festgestellten Frachtbedingungen der Beklagte keineswegs verpflichtet war, die Abladung seiner Güter bis zum 25. November oder bis zu einem der späteren in der Klage erwähnten Tage zu beenden, vielmehr das Recht hatte, die Zurückhaltung des Schiffes acht bis zehn Tage nach dem 25. November, und zwar ohne weitere Kosten für ihn, den Beklagten, zu verlangen, so daß hienach ein Anspruch auf Fautfracht erst mit Ablauf des 5. Dec. 1862 entstehen konnte;

da auch Angesichts jener schriftlichen Redaction der Frachtbedingungen und ihrer unbedingten Genehmigung Seitens des Klägers auf frühere mündliche Verabredungen, und insbesondere auf den vom Kläger behaupteten Umstand, daß der Beklagte den Zettel Anlage 4 gelesen und sich mit der dort aufgeführten Bedingung, daß die Expedition des Schiffes jedenfalls vor Frost stattfinden solle, einverstanden erklärt habe, um so weniger Rücksicht genommen werden kann, als einestheils, auch wenn Beklagter sich mit jener Bedingung einverstanden erklärte, daraus noch keineswegs ohne Weiteres folgen würde, daß er sich auch unter allen Umständen zur Lieferung seiner Güter bis zu dem etwaigen früheren Eintritt des Frostes verpflichtet haben wollte, sondern ein solches Einverständniß auch die Auffassung zulassen würde, daß er sich bei früherem Eintritt des Frostes einen früheren Abgang des Schiffes gefallen lassen und demzufolge, wenn bis dahin seine Güter noch nicht oder nicht vollständig verladen sein sollten, er seinerseits wegen des Fehlenden keinen Anspruch aus dem Frachtcontract erheben wolle, und als anderntheils, wenn wirklich eine so wichtige Bedingung, wie diejenige, daß der Beklagte jedenfalls bis zum Eintritt des Frostes seine Güter abzuladen habe, Geltung haben sollte, es dem Kläger, der in einem offenbar viel unwichtigeren Punkte hinsichtlich der Kajüte eine Correctur des Briefes Anlage 3 veranlaßt

hat, obgelegen hätte, darauf in seiner Beantwortung dieses Schreibens hinzuweisen oder auch hinsichtlich des Eintritts von Frost eine Abänderung desselben zu veranlassen;

da, wenn ferner Kläger schließlich gegen die vom Beklagten beanspruchte Ladungsfrist bis zum 5. December 1862 noch einen Einwand daraus hergeleitet hat, daß ihm die in der Anlage 3 erwähnte „rechtzeitige Mittheilung" nicht geworden sei, auf dieses unsubstantiirte und verspätete Vorbringen um so weniger einzugehen ist, als aus der ganzen Lage der Sache und namentlich auch aus der vom Kläger noch nicht beschafften vollständigen Abladung seiner eigenen Güter erhellt, daß, abgesehen von dem Eintritt des Frostes, an eine Expedition des Schiffes zum 25. November noch gar nicht gedacht ward, und demnach Beklagter keine Veranlassung hatte, dem Kläger wegen der Zurückhaltung des Schiffes besondere Anzeige zu machen;

da sonach Beklagter zur Zahlung von Fautfracht jedenfalls nur dann verbunden sein würde, wenn er sich später nach Eintritt des Frostwetters unbedingt — und nicht etwa nur in dem Sinne, daß er widrigenfalls auf weitere Einnahme seiner Güter verzichte — verpflichtet hätte, bis zu einem bestimmten früheren Termin als dem 5. December die noch fehlenden Güter an Bord des an die Stelle des bereits abgegangenen Schiffes getretenen Leichters zu senden, was nach Angabe des Klägers pag. 6 der Klage und pag. 18 des Protocolls der Verhandlung vom 26. April dieses Jahres anfangs für den 30. November und dann für den 1. December geschehen sein soll;

da aber nicht nur in dieser Beziehung den Kläger die Beweislast trifft, sondern auch außerdem von ihm zu erweisen ist, daß der von ihm angenommene Leichter bis gegen Abend des 2. December 1862, bis wohin nach der Angabe pag. 5 der Klage dem Beklagten schließlich die Abladungsfrist erstreckt worden wäre, zur Einnahme der beklagtischen Güter bereit gewesen, indem dies vom Beklagten bestimmt in Abrede gestellt ist, letzterer vielmehr behauptet, daß am Nachmittage

des 1. December jede weitere Einnahme seiner Güter von Seiten des Leichterschiffers und resp. des Klägers selbst verweigert worden sei;

da sodann, die Erstattung eines Theiles der Leichterkosten anlangend, der desfallsige Anspruch in der Klage wie in der ganzen ersten Verhandlung lediglich auf ein desfalls angeblich vom Beklagten gegebenes Versprechen gegründet ist, demnach aber auch nur aus diesem Gesichtspunkte zu beurtheilen, und auf andere mögliche Gesichtspunkte, z. B. wenn sich herausstellen sollte, daß der Beklagte durch schließliche grundlose Weigerung der Abladung die von dem Kläger mit Rücksicht auf die zu verdienende Fracht an den beklagtischen Gütern aufgewendeten Leichterkosten demselben nutzlos gemacht hätte, in diesem Verfahren nicht einzugehen ist;

da jedoch andererseits der Umstand, daß nicht auch sofort die Größe des vom Beklagten zu berichtigenden Theiles festgestellt ward, nicht dahin führen kann, das angebliche Versprechen als überhaupt rechtsunverbindlich zu betrachten, und demnach, vorbehältlich der Entscheidung über die eventuell festzustellende Quote, dem Kläger der Beweis jenes Versprechens nachzulassen ist;

da jedoch selbstverständlich auch aus diesem Versprechen irgend welcher Anspruch von dem Kläger nur dann würde geltend gemacht werden können, wenn er seinerseits dem Beklagten auch die Benutzung des Leichters durch Bereithaltung desselben zur Einnahme seiner Güter bis zu dem vorhin angegebenen Termin ermöglicht hatte;

da schließlich, den vom Beklagten reconveniendo erhobenen Schadensanspruch betreffend, derselbe zunächst den Nachweis erfordert, daß der Beklagte in der pag. 7. 8 des Protocolls der Verhandlung vom 26. April angegebenen Weise die daselbst bezeichneten Güter am 1. Decbr. zur Verladung in den Leichter bereit gestellt, so daß, wenn letzterer zur Einnahme bereit gewesen wäre, die Verladung derselben an dem gedachten Tage oder doch bis gegen Abend des 2. Decbr. (bis wohin dem Beklagten die Abladungsfrist er-

streckt sein soll) hätte beschafft werden können, und bis zur Feststellung dieses Punktes die Entscheidung über die einzelnen Ansätze der Anlage D, über welche Kläger sich noch nicht speciell erklärt hat, ausgesetzt werden darf:

daß — den Parteien wegen der Berechnung des etwaigen Fautfracht-Anspruchs in quanto, wegen der Feststellung der eventuell vom Beklagten zu bezahlenden Quote der Leichterkosten, sowie wegen der einzelnen Ansätze der Anlage D in quali et quanto für jetzt quaevis competentia vorbehältlich — Kläger in nächster Audienz nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Verlust der Beweisführung folgende Beweise anzutreten habe:

1) hinsichtlich des Fautfracht-Anspruchs:

daß der Beklagte sich ihm gegenüber unbedingt verpflichtet habe, die an den circa 15,000 Cubikfuß noch fehlenden Güter bis zum 30. November oder bis zum 1. Decbr. 1862 in den von ihm engagirten Leichter „Elbe" abzuladen;

2) hinsichtlich des Anspruchs auf einen Theil der Leichterkosten:

daß Beklagter sich ihm gegenüber verpflichtet habe, einen Theil der Kosten des von ihm dem Kläger zu dem Zwecke, um dem abgegangenen Schiffe Voorwaarts Güter nachzubringen, engagirten Leichters — der Fracht und des Stauerlohns — seinerseits zu tragen;

3) hinsichtlich beider Ansprüche und cumulative mit den Beweisen sub 1 und 2:

daß der gedachte Leichter „Elbe" bis gegen Abend des 2. Decbr. 1862 zur Einnahme der von dem Beklagten abzuladenden Güter bereit gewesen;

wogegen dem Beklagten gegen die vorgedachten Beweise der Gegenbeweis und zwar hinsichtlich des Beweises sub 3 namentlich auch dahin vorbehalten bleibt:

daß Kläger ihm am 1. Decbr. 1862 an der Börse erklärt, der Leichterschiffer solle kein Stück von seinen

Gütern mehr laden, oder daß der Leichterschiffer am Nachmittage des 1. Decbr. 1862 seinem, des Beklagten, Ewerführer erklärt, er werde von den beklagtischen Gütern nichts mehr übernehmen;

daß ferner, den beklagtischen Schadensanspruch anlangend, Beklagter in nächster Audienz nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses sub poena desertionis, dem Kläger Gegenbeweis vorbehältlich, den Beweis anzutreten habe:

daß er in der pag. 7. 8 des Protocolls der Verhandlung vom 26. April dieses Jahres angegebenen Weise die daselbst bezeichneten Güter am 1. Decbr. 1862 zur Verladung in den vom Kläger engagirten Leichter in Bereitschaft gebracht, so daß, wenn letzterer zur Einnahme bereit gewesen, die Verladung jener Güter in den Leichter an dem gedachten Tage oder doch bis gegen Abend des 2. Decbr. hätte beschafft werden können.

Auf Appellation des Klägers erging das Erkenntniß des Ober-Gerichts vom 24. October 1864:

Da zwar die, in dem beklagtischen Schreiben Anlage 3 schriftlich redigirten Frachtbedingungen, mit welchen sich der Kläger in seinem Schreiben Anlage E einverstanden erklärt hat, nichts davon enthalten, daß das Schiff Voorwaarts vor eintretendem Frostwetter jedenfalls expedirt werden solle; da indessen schon in der Klage behauptet worden, daß dies Bedingung gewesen, und später weiter ausgeführt ist, daß dem Beklagten ein von dem Schiffsmakler Burchard geschriebener Zettel (Anlage 4 zu № 21) gezeigt worden sei, unter der Bevorwortung, daß derselbe die Bedingungen der abgeschlossenen Charterpartie enthalte, und darunter die Bedingung „jedenfalls vor Frost" sich befindet; da diese von dem Kläger behauptete Bedingung, wenn gleich dieselbe in der stattgehabten Correspondenz nicht erwähnt worden, um so weniger unberücksichtigt bleiben darf, als es sogar in Frage gestellt werden kann, ob es sich bei dem, dem Beklagten gemachten Zugeständnisse, das Schiff erforderlichen Falles acht bis zehn Tage über den 25. Novbr. aufzuhalten, in Anbetracht der

vorgerückten Jahreszeit nicht ohnehin von selbst verstand, daß das Schiff vor eintretendem Froste jedenfalls expedirt werden solle, unter diesen Umständen aber dem Kläger kein Vorwurf daraus gemacht werden kann, wenn er auf die ausdrückliche Erwähnung dieser Bedingung nicht insistirt hat;

da übrigens dieser Punkt in sofern zugleich präjudiciell ist, als, wenn es Bedingung war, daß das Schiff jedenfalls vor Frost expedirt werden solle, es unzweifelhaft des Beklagten Sache gewesen sein würde, seine Güter unaufgefordert rechtzeitig an Bord zu schaffen, und wenn er dies schuldvoller Weise unterlassen haben sollte, die Folge davon keine andere sein kann, als daß der Beklagte die Fracht für den, ihm contractlich überlassenen, von ihm nicht vollständig benutzten Schiffsraum zu bezahlen hat, wogegen die, von dem Erkenntnisse a quo unter der Voraussetzung des beklagtischen Einverständnisses mit der Stipulation „jedenfalls vor eintretendem Frostwetter" für zulässig erachtete Deutung dieses Einverständnisses in dem Sinne, daß der Beklagte sich bei früherem Eintritte des Frostes einen früheren Abgang des Schiffes gefallen lassen, und demzufolge, wenn bis dahin seine Güter noch nicht oder nicht vollständig verladen sein sollten, er seinerseits wegen des Fehlenden keinen Anspruch aus dem Frachtcontract erheben wolle, etwas so ganz Ungewöhnliches enthalten würde, daß darüber denn doch eine ausdrückliche Willens-Erklärung der Contrahenten vorliegen müßte;

da indessen, falls die fragliche Bedingung erwiesen werden sollte, die Sachlage sich zu Gunsten des Beklagten wiederum verändern würde, wenn, nachdem das Schiff Voorwaarts bereits abgegangen war, und der Kläger zu dem Zwecke, um dem Schiffe die noch zurückgelassenen Güter nachzubringen, einen Leichter engagirt, und dem Beklagten zur Mitbenutzung gestellt hatte, der Kläger oder der in dieser Beziehung von ihm zu vertretende Leichterschiffer den Beklagten in der Benutzung des Leichters behindert haben sollte, wie solches vom Beklagten behauptet worden ist;

da, wenn es solchemnach zwar in erster Linie auf den

Beweis der Bedingung, daß das Schiff jedenfalls vor Frost expedirt werden sollte, ankommt, doch nichts entgegen stehen kann, die von dem Beklagten übernommene Verpflichtung, die Güter bis zu einem bestimmten Tage an Bord zu schaffen, als worauf das Erkenntniß a quo den Beweis sub 1 gestellt hat, gleichzeitig mit zum Beweise zu verstellen,

wobei jedoch das Wort „unbedingt" aus dem desfallsigen Beweisthema des Erkenntnisses a quo um so mehr in Wegfall zu bringen ist, als dasselbe nach Maßgabe der Entscheidungsgründe dadurch motivirt wird, daß diese Verpflichtung nicht etwa nur in dem Sinne übernommen sei, daß Beklagter widrigenfalls auf weitere Einnahme seiner Güter verzichte;

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo d. 7. Juni dieses Jahrs dahin abzuändern:

daß dem Kläger neben dem Beweise sub 1, vel cumulative vel alternative mit demselben, der Beweis nachzulassen:

daß es beim Abschlusse der hier fraglichen Frachtbedingungen unter den Parteien einverstanden gewesen sei, daß das Schiff Voorwaarts jedenfalls vor dem Eintritte des Frostes expedirt werden solle,

wogegen dem Beklagten der Gegenbeweis, und der gleichzeitig mit demselben, reprobatione salva für den Kläger, anzutretende Beweis der von ihm behaupteten Verhinderung der Benutzung des Leichters dahin vorbehalten bleibt:

daß Kläger ihm am 1. Decbr. 1862 an der Börse erklärt, der Leichterschiffer solle kein Stück von seinen Gütern mehr laden, oder daß der Leichterschiffer am Nachmittage des 1. Decbr. 1862 seinem, des Beklagten, Ewerführer erklärt, er werde von den beklagtischen Gütern nichts mehr übernehmen;

daß ferner aus dem Beweissatze des Erkenntnisses a quo sub 1 das Wort „unbedingt" in Wegfall zu bringen sei.

Auf Appellation beider Theile erkannte das Ober-Appellationsgericht am 25. November 1865:

Daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit

geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 24. Octbr. 1864 aufzuheben und das Erkenntniß des Handelsgerichts vom 7. Juni 1864 mit der Maßgabe,

daß aus dem Beweissatze sub 1 das Wort „unbedingt“ in Wegfall kommt,

wieder herzustellen sei.

Entscheidungsgründe.

A. Von den Beschwerden des Klägers in gegenwärtiger Instanz sind wegen des Vorhandenseins zweier übereinstimmenden Entscheidungen als unstatthaft zu verwerfen die erste Beschwerde, soweit sich dieselbe auf die vom Beklagten erhobene Widerklage bezieht, und die vierte ebenfalls die Widerklagsache betreffende Beschwerde, nicht minder die erste Beschwerde, soweit sie auf sofortige Condemnation des Beklagten in Betreff des begehrten Ersatzes von Leichterkosten geht, und von der eventuellen zweiten Beschwerde die Anträge sub B. a bis e, welche auf eine Aenderung des Beweisthema hinsichtlich des Anspruchs auf Leichterkosten abzielen, sowie die dritte ebenfalls auf die Leichterkosten bezügliche Beschwerde.

Denn wenn auch das Obergericht die vom Handelsgerichte über den Anspruch des Klägers auf Erstattung von Leichterkosten und die vom Beklagten erhobene Widerklage abgegebene Entscheidung nicht ausdrücklich bestätigt hat, so erscheint es doch ganz unzweifelhaft, daß dasselbe hinsichtlich dieser beiden Punkte eine Abänderung des Erkenntnisses erster Instanz nicht beabsichtigte.

Die im gegenwärtigen Processe verhandelten Ansprüche haben jeder für sich ein selbstständiges von einander unabhängiges Fundament. Der Fautfrachtanspruch des Klägers gründet sich auf den Frachtcontract resp. eine spätere Vereinbarung, der Anspruch auf Erstattung von Leichterkosten auf einen besonderen Vertrag event. eine negotiorum gestio des Klägers, der Gegenanspruch des Beklagten auf die an-

geblich vom Kläger ausgegangene rechtswidrige Verhinderung in Beladung des Leichters.

Wenn nun das Obergericht, wiewohl Kläger mit seiner Appellation in zweiter Instanz eine Abänderung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses in seinem ganzen Inhalte beantragte, erkannte, es werde das erstinstanzliche Erkenntniß dahin abgeändert, daß dem Kläger hinsichtlich des Fautfrachtanspruchs noch ein weiterer Beweis nachzulassen, auch der Beweissatz des handelsgerichtlichen Erkenntnisses zu modificiren sei, und sei die Sache solchergestalt an das Handelsgericht zu remittiren, — so ist schon aus dieser Fassung der Entscheidung mit Sicherheit zu schließen, daß das Obergericht, indem es bloß die abzuändernden Punkte ausdrücklich hervorhob, die übrigen Theile der handelsgerichtlichen Entscheidung stillschweigend bestätigt habe. Diese Annahme findet auch darin eine Bestätigung, daß auf eine weitere als die schon vom Handelsgerichte verfügte Aussetzung der Entscheidung über die vom Obergerichte nicht ausdrücklich berührten Punkte in keiner Weise hingedeutet wird und daß nach dem Stande der Verhandlungen eine solche Aussetzung überall nicht motivirt war, auch dem Obergericht schwerlich beigemessen werden darf, es habe, während eine Entscheidung über drei selbstständig für sich bestehende Ansprüche abzugeben war, nur einen erledigt und zwei völlig übersehen.

Zur Entscheidung in gegenwärtiger Instanz steht diesemnach nur noch der Anspruch des Klägers auf Fautfracht. Und wie die Beschwerden desselben in Betreff der Leichterkosten und der Widerklagsache aus den obigen Gründen als formell unstatthaft erscheinen, so erledigt sich damit zugleich als unnöthig die letzte vom Beklagten in jetziger Instanz vorsorglich erhobene Beschwerde, mit der er die Bestätigung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses über die Leichterkosten und die Reconvention begehrt.

B. Kläger gründet seinen Fautfrachtanspruch

1) auf den mit dem Beklagten abgeschlossenen Frachtcontract, und

2) auf eine spätere Vereinbarung, wonach Beklagter sich verpflichtet haben soll, bis zu einem bestimmten Tage seine Beladung durch Benutzung des Leichters „Elbe" zu ergänzen.

Da Beklagter denjenigen Punkt des Frachtcontracts, der, wenn er stipulirt wäre, zur Begründung des klägerischen Anspruchs dienen könnte, und außerdem jede Verpflichtung zur Ergänzung der Ladung in der vom Kläger behaupteten Weise bestreitet, so ergiebt sich ohne Weiteres, daß im günstigsten Falle Kläger noch Beweise zu führen hat, eine sofortige Verurtheilung des Beklagten also nicht erfolgen kann, mithin die erste hierauf gerichtete Beschwerde des Klägers gänzlich unbegründet ist.

C. Anlangend nun den Frachtcontract, so kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß so, wie der Brief des Beklagten vom 20. (oder 22.) Octbr. 1862, mit dessen Inhalt sich der Kläger einverstanden erklärt hat, die Frachtbedingungen normirt, und falls nichts Weiteres über die Befrachtung unter den Parteien vereinbart worden, der Kläger einen Anspruch auf Fautfracht für den vom Beklagten nicht benutzten Raum von circa 2600 Cubikfuß nicht erheben kann.

Kläger verpflichtete sich nemlich nach diesem Schreiben unter andern dahin, daß das Schiff, wenn Beklagter es wünsche, am 25. Novbr. 1862 absegeln solle, daß er es aber ohne weitere Kosten nach rechtzeitiger Meldung (des Beklagten) noch 8 bis 10 Tage länger aufhalten werde. Das Schiff mußte wegen eintretenden Frostes, bevor noch Kläger und Beklagter ihre Abladung vollständig beschafft hatten, am 29. Novbr. von Hamburg nach Glückstadt abgehen und der vom Kläger engagirte Leichter „Elbe," mittelst dessen die Beladung des Schiffes ergänzt werden sollte, hat Hamburg am 2. Decbr. verlassen, ohne daß Beklagter eine weitere Beladung gemacht hat. Es war aber die Wartezeit weder am 29. Novbr., als das Schiff abging, noch am 2. Decbr., als der Leichter expedirt wurde, verstrichen. Denn nach den angeführten Vertragsbestimmungen war nicht, wie Kläger aufzustellen versucht, der 25. Novbr. der festgesetzte Absegelungstag.

Vielmehr hing es lediglich vom Beklagten ab, den Abgang des Schiffs an diesem Tage herbeizuführen; nur wenn er es wünschte, sollte dasselbe am 25. Novbr. von Hamburg absegeln. Kläger aber hat gar nicht zu behaupten versucht, daß Beklagter einen deßfalsigen Wunsch ausgesprochen habe. Da dies nicht geschah, war er dem Beklagten gegenüber verpflichtet, das Schiff ohne weitere Kosten — selbstverständlich „des Beklagten" — noch 8 bis 10 Tage, also bis zum 5. Decbr. aufzuhalten. Freilich nur nach rechtzeitiger Meldung des letzteren. Aber diese Meldung war immer noch rechtzeitig, so lange das Schiff noch in Hamburg lag, und war überflüssig, so lange die Beladuug desselben nicht beendet war, so daß der Beklagte nicht annehmen konnte, das Schiff sei zum Abgehen bereit. Kläger selbst hatte, als das Schiff am 29. Novbr. abgehen mußte, die Abladung seiner eigenen Güter noch nicht ganz beschafft. Er behauptet denn auch gar nicht, daß ohne den Eintritt des Frostwetters das Schiff schon an dem gedachten Tage abgegangen wäre, und erkennt selbst an, daß lediglich das Frostwetter den Abgang des Schiffs beschleunigt habe und daß es abgesehen von diesem drängenden Ereignisse noch zu warten verpflichtet war. Zwar versucht er diese Verpflichtung auf die Zeit bis zum 2. Decbr. zu beschränken, indem er meint, 8 Tage seien gleichbedeutend mit einer Woche, also mit 7 Tagen; bis zum 7. Tage (2. Decbr.) aber sei der das Schiff vertretende Leichter zur Uebernahme von Gütern bereit gewesen. Aber abgesehen davon, daß Kläger Erstattung der Leichterkosten begehrt, was er nicht durfte, wenn das Schiff auch nur bis zum 2. Decbr. warten mußte, daß mithin doch der Leichter nicht das Schiff vertrat, übersieht er, daß nicht eine Frist von 8 Tagen, sondern von 10 Tagen dem Beklagten zur Disposition stand. Die Wartezeit dauerte hiernach bis zum 5. Decbr. und bestand das Zugeständniß, welches Kläger dem Beklagten machte, nicht bloß darin, daß er darauf einging, das Schiff noch 8 bis 10 Tage über den 25. Novbr. hinaus aufzuhalten, sondern auch darin, daß er sich dem Beklagten gegenüber zu

einem früheren Abgang des Schiffs verpflichtete, das nach dem vom Kläger mit dem Schiffer abgeschlossenen Frachtvertrage erst Mitte December expedirt zu werden brauchte.

Wenn aber nun ein casus den Abgang des Schiffs vor Ablauf der Wartezeit nothwendig machte, so war, falls nichts Anderes vereinbart worden, derselbe zu Lasten des Klägers als Verfrachters, welcher dadurch in die Unmöglichkeit versetzt wurde, den Contract zu erfüllen, während der Befrachter (der Beklagte) seinerseits bereit war, innerhalb der Wartezeit abzuladen. Der Verfrachter braucht in solchem Falle zwar den Befrachter nicht zu entschädigen, kann aber auch keine Fracht fordern.

Vgl. Maude and Pollock law of merchant shipping, second edition, page 220.

Freilich könnte bezweifelt werden, ob eintretendes Frostwetter für einen das Absegeln des Schiffs vernothwendigenden casus zu halten sei, da das Vorübergehen des Frostes abgewartet werden kann. Indessen darf es, wenn ein Schiff im Spätherbst beladen wird, unbedenklich als die Meinung der Contrahenten angesehen werden, daß dasselbe nicht den Winter über im Hafen liegen bleiben, sondern vor Eintritt des Frostes abgehen solle. Somit mußte das Schiff, wenn das Frostwetter sonst sein Abgehen vereitelt haben würde, expedirt werden, gleichviel ob die Wartezeit abgelaufen war oder nicht. Insoweit also hat das Obergericht Recht, wenn es meint, daß bei einer Verladung in so vorgerückter Jahreszeit es sich ohnehin von selbst verstand, daß das Schiff vor eintretendem Frostwetter expedirt werden solle. Ein Anspruch auf Fautfracht aber entstand für den Verfrachter nur, wenn der Befrachter die Gefahr, daß das Schiff möglicher Weise wegen Frostwetters ohne volle Ladung abgehen werde, besonders übernahm.

Das ist hier von Seiten des Klägers als Charterers des ganzen Schiffs seinem Verfrachter gegenüber offenbar geschehen, da die betreffende Charteparte die ausdrückliche Bedingung enthält, daß das Schiff jedenfalls vor Frost expedirt

werden solle, mithin Kläger sich verpflichtete, das Schiff bei eintretendem Frostwetter auch vor Ablauf der Wartezeit (medio Decbr.) abgehen zu lassen, also durch diese vom Schiffer bedungene Clausel gerade das Risico in Betreff des Frostwetters auf sich nahm.

Es fragt sich aber, ob dieselbe Bedingung auch bei dem zwischen dem Kläger und dem Beklagten abgeschlossenen Frachtcontracte vereinbart worden. Diese Frage löſ't sich dahin auf, ob der Brief in [13], welcher eine solche Bedingung nicht enthält, als alleinige Contractsnorm anzusehen ist, oder ob daneben noch mündliche Verabredungen in Betracht kommen.

Kläger, der schon in der Klage einen weiter gehenden Inhalt des Frachtcontracts behauptet, führt in dieser Beziehung speciell an: er habe einen oder einige Tage vor Abfassung des Briefs in [13] dem Beklagten einen vom Schiffsmakler Burchard geschriebenen Zettel unter der Bevorwortung vorgezeigt, daß derselbe die Bedingungen der vom Kläger über das Schiff Voorwaarts abgeschlossenen Chartepartie enthalte, Beklagter habe diesen Zettel gelesen und sich für die mit ihm abzuschließende Befrachtung mit diesen Bedingungen — unter denen die Clausel „Expedition medio Decbr., jedenfalls vor Frost" sich findet — einverstanden erklärt.

Kläger bemerkt ausdrücklich, daß nach dem Schreiben in [13] bis zu den durch den Eintritt des Frostes veranlaßten Verhandlungen keine weiteren Besprechungen mit dem Beklagten stattgefunden. Letzterer erklärt, es sei möglich, daß er den Burchardschen Zettel gesehen habe, gelesen habe er ihn nicht, jedenfalls habe er sich nicht einverstanden erklärt.

Das Obergericht hat dieses klägerische Vorbringen für relevant erachtet, und den Kläger zum Beweise desselben zugelassen.

Mit Unrecht. Denn Kläger hat sich, nachdem ein Nebenpunkt in Betreff der Benutzung der Kajüten seinem Begehren gemäß geändert war, mit dem Inhalte des Briefes in [13] ohne jeglichen Vorbehalt ausdrücklich einverstanden erklärt.

Nun behauptet er auch jetzt nicht, daß er dies Einverständniß aus Irrthum über den Inhalt des Briefes ausgesprochen habe, sondern begehrt lediglich, daß, weil er dem Beklagten die Bedingungen der ersten Charter mitgetheilt habe und dieselben für die Recharter habe grundleglich machen wollen, Beklagter insbesondere an eine dieser Bedingungen (die in Betreff des Frostes) gebunden sei, da er sich mit den Bedingungen im Allgemeinen einverstanden erklärt habe. Ein in der vom Kläger bezeichneten Art erklärtes Einverständniß des Beklagten aber genügt nicht zur Substantiirung der Behauptung, daß Beklagter für die Recharter gerade die in Betreff des Frostwetters gestellte Bedingung der ersten Charter habe auf sich nehmen wollen. Denn dieses Einverständniß könnte nur entweder den Sinn haben, daß Beklagter für seinen Frachtcontract alle Bedingungen der Hauptcharter in Anspruch nehmen dürfe, oder daß dieselben nur so weit gelten, als sie nicht durch die Recharter abgeändert worden. Die erstere Annahme ist in Betracht des besonderen Inhalts der Recharter offensichtlich ganz unzulässig; es bleibt daher nur die zweite Alternative übrig, welche dahin führt, daß die Bedingungen der Recharter, welche demnächst schriftlich zusammengestellt worden, allein zu gelten haben, soweit sie mit der ersten Charter nicht übereinstimmen. Das ist aber (abgesehen von der in beiden Chartern gewiß abweichend bestimmten Fracht) unzweifelhaft der Fall in Betreff der Abgangszeit des Schiffes ꝛc. Denn die Recharter giebt dem Beklagten das Recht, das Abgehen des Schiffes schon am 25. Novbr. zu verlangen und dasselbe bis zum 5. Decbr. zu hindern. Letzteres steht der in der ersten Charter enthaltenen Bedingung, daß die Expedition des Schiffs jedenfalls vor dem Eintritte des Frostes geschehen solle, geradezu entgegen. Da Kläger aber dem Beklagten diese Concession machte, so räumt er damit selbst ein, daß, wenn letzterer sich im Uebrigen mit der ersten Charter einverstanden erklärt haben sollte, dieses doch nicht in Betreff der s. g. Frostclausel der Fall war. Mithin kann sich Kläger auf die entgegenstehende Bestimmung

der ersten Charter nicht berufen und es muß angenommen werden, daß er (vielleicht im Vertrauen darauf, es werde, wie dies gewöhnlich der Fall ist, bis zum 5. Decbr. kein auf den Abgang des Schiffs einwirkendes Frostwetter eintreten) die desfallsige Gefahr auf sich nahm. Es konnte ihm daher unter den vorliegenden Umständen ein bezüglicher Beweis nicht nachgelassen werden, und war auf Grund der Principalbeschwerde des Beklagten in jetziger Instanz insoweit das Erkenntniß des Handelsgerichts wieder herzustellen. Damit erledigt sich zugleich die eventuelle Beschwerde des Beklagten und ergiebt sich als unbegründet die zweite eventuelle Beschwerde des Klägers sub A. b., während die zweite Beschwerde desselben sub A. a. dem Obergerichts-Erkenntnisse gegenüber ganz unzutreffend ist und von selbst wegfällt.

D. In der vom Kläger behaupteten Vereinbarung über die Beladung des Leichters „Elbe" hat schon das Handelsgericht eine Begründung seines Anspruchs auf Fautfracht gefunden und dieserhalb dem Kläger Beweise auferlegt. Das Obergericht ist dem beigetreten, hat jedoch den Beweissatz des Handelsgerichts sub 1 modificirt. Eine Beschwerde auf Abweisung des klägerischen Anspruchs, soweit derselbe auf diese Verabredung gegründet worden, steht nicht zur Beurtheilung. Wird aber mit den bisherigen Richtern die fragliche Vereinbarung dahin verstanden, daß Beklagter auf eine nachträgliche Modification des Frachtcontracts einging und sich verpflichtete, bis zu einem bestimmten Tage mittelst Benutzung des Leichters den gemietheten Schiffsraum ganz zu beladen, so genügt, soweit es den Inhalt dieser Vereinbarung angeht, der Beweis der übrigen vom Handelsgerichte in den Beweissatz sub 1 aufgenommenen Thatsachen, ohne daß es des Zusatzes „unbedingt" bedarf. Bei dem Wegfallen dieses Worts aus dem Beweissatze war es aus den vom Obergerichte geltend gemachten Gründen zu belassen, und der Beschwerde des Beklagten, welcher auch in dieser Beziehung die Wiederherstellung des Handelsgerichtserkenntnisses beantragt, nicht zu entsprechen. Wie Beklagter darauf

kommt, die gänzliche Wiederherstellung dieses Erkenntnisses durch die angeblich unzutreffende Verwerfung seiner Einrede aus Art. 5 Stat. II. tit. 15 begründen zu wollen, ist kaum verständlich. Ebenso aber mußten die Anträge des Klägers sub A, c bis i seiner eventuellen zweiten Beschwerde verworfen werden, da sie theils den Inhalt der fraglichen Vereinbarung nicht erschöpfen, theils sich auf frühere Beredungen beziehen, welche, nachdem dieselben durch die schließliche zum Beweise verstellte Vereinbarung ihre Bedeutung verloren haben, selbstständig nicht mehr in Betracht kommen können. Insoweit aber die vom Kläger in seiner Beschwerde hervorgehobenen Punkte mit der schließlichen Vereinbarung in Zusammenhang stehen, ist es ihm unbenommen, in der Beweisinstanz auf Dasjenige zurückzukommen, woraus etwa auf die Wahrheit der zu beweisenden Thatsachen geschlossen werden kann.

Kläger begehrt endlich mit seiner dritten Beschwerde in gegenwärtiger Instanz, daß der Beweissatz sub 3 des Handelsgerichtserkenntnisses aufgehoben, auch der dem Beklagten in Betreff dieses Beweises speciell nachgelassene directe und indirecte Gegenbeweis gestrichen werde.

Hier ist zunächst zu bemerken, daß ein indirecter Gegenbeweis dem Beweissatz sub 3 gegenüber dem Beklagten überall nicht nachgelassen worden. Der vom Kläger gemeinte indirecte Gegenbeweis bezog sich auf die vom Obergerichte hinzugefügte, nach dem Obigen dem Kläger nicht zu verstattende Beweisalternative, und fällt selbstverständlich mit derselben von selbst als überflüssig weg.

Bei dem Beweissatze sub 3 aber war es aus dem formellen Grunde zu belassen, weil Beklagter, welcher nach der Richtung hin, in welcher eine Abänderung erfolgen müßte, in voriger Instanz neben einer weiter gehenden Beschwerde eventuelle Beschwerden aufstellte, diesen Beweissatz nicht angefochten, vielmehr sich in Bezug auf denselben damit begnügt hat, über die Nachlassung eines speciellen directen Gegenbeweises zu gravaminiren (Beschwerde 3 der vorigen In-

stanz vergl. mit Beschwerde 2 ibid.). Hiernach muß ange nommen werden, daß er eine anderweitige Abänderung der Beweissätze als die von ihm beantragte nicht beabsichtigt habe, und ist eine weiter gehende Beschwerde in jetziger Instanz nicht mehr zulässig.

Vgl. Wunderlich, Jurisprudenz des O.-A.-Gerichts in Lübecker Rechtssachen Bd. II. pag. 38.

Ein Grund, den dem Beklagten speciell freigelassenen directen Gegenbeweis aufzuheben, ist überall nicht erfindlich.

Somit ist auch diese Beschwerde des Klägers unbegründet.

---

88. Frankfurt.

Carl Hinné, derzeit zu Frankfurt, Kläger, wider **J. Ph. Wettengel** daselbst, Beklagten, Entschädigung betreffend.

---

1) Ein wenn auch mit Zustimmung des Gegners während des ersten Verfahrens zu den Acten gebrachtes Gutachten von Sachverständigen macht ein Beweisverfahren in Betreff der begutachteten Punkte nicht überflüssig.

2) Unterlassungen und Fehler bei Ausübung einer Kunst oder eines Gewerbes sind nicht nach einem absoluten Maßstabe zu beurtheilen.

3) Die Rücknahme einer Sache, zu deren Restitution der Mitcontrahent verpflichtet ist, kann von dem andern Contrahenten nicht abgelehnt werden, wenn ihm wegen Deterioration derselben Ersatz geleistet wird.

4) Die generell auf das Vorhandensein oder die Abwesenheit des Verschuldens gehende Fassung des Beweissatzes ist für processualisch unstatthaft nicht zu halten; dieselbe erscheint vielmehr in den Fällen zweckmäßig, wenn die rechtliche Bedeutung der zur Begründung der bezüglichen Einrede angeführten Thatsachen sich nur mit Hülfe von Sachverständigen beurtheilen läßt. —

Rechtsfall. Kläger — Director einer Kunstreitergesellschaft — ließ in der Schmiede des Beklagten am 3. Septbr. 1863 einen braunen fünfjährigen Wallach, dessen Werth er auf mindestens 1000 fl. angiebt, beschlagen, wobei das Pferd eine Verletzung am rechten Hinterfuße erhielt, indem, wie Kläger behauptet, der die Arbeit ausführende Geselle Haeberle mit seinem Messer die Flechsen des Hinterfußes unvorsichtig durchschnitt, oder, wie Beklagter meint, das Pferd gewaltsam ausschlagend sich die Verwundung selbst beibrachte. Nach einem unter Zustimmung beider Partheien zu den Acten gekommenen Erachten von Sachverständigen ist das Pferd nicht mehr als Reitpferd oder elegantes Chaisenpferd zu gebrauchen, wol aber noch als Chaisenpferd geringeren Grades und in den Händen eines Kunstreiters als s. g. aus freier Hand dressirtes Pferd; auch bleibe es möglich, daß sich der infolge der Verwundung eingetretene Fehler desselben mit der Zeit noch vermindere.

Kläger begehrt auf Grund der durch die Schuld des Gesellen des Beklagten dem Pferde zugefügten Verletzung Schadensersatz, indem er berechtigt sei, die Rücknahme des verwundeten für die besonderen Zwecke, zu denen es bestimmt gewesen, unbrauchbar gewordenen Pferdes abzulehnen, und bittet, den Beklagten zu verurtheilen, den Werth des Pferdes mit 1000 fl. nebst Verzugszinsen zu 5 % dem Kläger zu bezahlen, auch allen durch die Entbehrung des Pferdes demselben verursachten Schaden, sowie die Cur- und Fütterungskosten seit dem 3. Septbr. 1863 zu ersetzen, ref. exp., wogegen dem Beklagten die Verfügung über das Pferd zustehe. — Beklagter excipirt: 1) er habe nicht für seinen Gesellen aufzukommen; 2) Kläger sei nicht berechtigt, die Rücknahme des Pferdes abzulehnen; 3) es seien beim Beschlagen desselben die geeignetsten und ausreichenden Vorsichtsmaßregeln getroffen, auch sei der sehr geübte Geselle beim Beschlagen durchaus vorsichtig verfahren, das Pferd sei gehörig gefesselt und gebremst't worden; das sehr unruhige Pferd aber habe die dasselbe festhaltenden Leute zu Boden geschlagen

und sich den Hinterfuß selbst in das Messer gestoßen; 4) das Pferd sei ein gewöhnliches Chaisenpferd und nur 350 fl., höchstens 400 fl. werth. — Kläger bestreitet in der Replik die Darstellung des Beklagten, behauptet, daß die angewendeten Maßnahmen unzureichend gewesen und daß es für das Beschlagen wilder Pferde noch anderweitige Vorsichtsmaßregeln gebe, auch führt er solche an; der Beklagte als Hufschmied hätte dieselben kennen und anwenden müssen. Kläger behauptet weiter, daß das Pferd sich im Augenblicke der Verletzung ruhig verhalten habe und daß der Geselle bei Führung des Messers unachtsam gewesen sei. —

Das Erkenntniß des Stadtgerichts führt zunächst aus, daß Beklagter für jedes seinem Gesellen zur Last fallende Versehen einzustehen habe; da Beklagter aber jedes eigene Verschulden und jedes Verschulden seines Gesellen leugne, so sei auf den Beweis, daß die Verwundung des Pferdes durch einen casus herbeigeführt sei, zu erkennen, wobei den Beklagten die Beweislast treffe, während Kläger den Beweis der Größe des Schadens zu führen habe und ihm vorbehalten bleibe, den durch das Entbehren des Pferdes erlittenen Schaden und den Ersatz der Futter- und Curkosten seit dem 3. Septbr. 1863 zu liquidiren.

Beweissätze: Kläger hat, Gegenbeweis vorbehältlich, zu beweisen, daß der Werth des in Rede stehenden Pferdes vor dessen am 3. Septbr. 1863 erfolgten Verwundung sich auf 1000 fl. oder wie viel mehr als 350 resp. 400 fl. belaufen habe und daß ihm das Pferd infolge der erhaltenen Verletzung für die besonderen Zwecke, zu denen es bestimmt worden, unbrauchbar geworden sei;

oder daß und welcher Minderwerth des Pferdes infolge der stattgehabten Verletzung eingetreten sei; —

Beklagter, Gegenbeweis vorbehältlich,

daß die Ursache der dem Pferde des Klägers — — zugegangenen Verletzung außerhalb seines und des mit dem Beschlagen des Pferdes betraut gewesenen Gesellen Haberle Verschulden gelegen sei. —

Trotz der Appellation beider Theile wurde dieses Erkenntniß vom Appellationsgerichte bestätigt, desgleichen durch Urtheil vom 25. Novbr. 1865 vom Ober-Appellationsgerichte, an welches Kläger weiter appellirt hatte.

Entscheidungsgründe.

I. Kläger begehrt mit seiner ersten die Sachentscheidung betreffenden Beschwerde, daß erkannt werde, Beklagter habe ihm gegen Uebernahme des fraglichen Pferdes den vollen vom Kläger zu beweisenden Werth desselben vor der Verwundung zu ersetzen. Er beantragt hiemit zweierlei:

1) daß ihm ein weiterer Beweis nicht auferlegt werde, namentlich nicht noch daneben der Beweis, daß ihm das Pferd infolge der erhaltenen Verletzung für die besonderen Zwecke, zu denen es bestimmt gewesen, unbrauchbar geworden, und

2) daß dem Beklagten der Beweis, die Verwundung des Pferdes sei eine casuelle gewesen, nicht mehr nachzulassen sei.

Ad 1) Die Beschwerde in ihrem ersten Theile ist offensichtlich unbegründet. Denn die bisherigen Richter haben, indem sie davon ausgingen, daß eine gänzliche Werthlosigkeit des Pferdes schon in dem Falle anzunehmen, wenn dasselbe wegen der erhaltenen Verletzung nicht für die ihm vom Kläger gegebene Bestimmung verwendbar sei, die concreten Umstände aufs vollständigste zu seinen Gunsten berücksichtigt. Da aber Beklagter bestritt, daß das Pferd zu den vom Kläger genannten Zwecken bestimmt und brauchbar gewesen, sowie daß dasselbe durch die Verletzung in seiner Brauchbarkeit beeinträchtigt worden, so mußte dem Kläger der Beweis der bezüglichen Thatsachen aufgelegt werden. Das Erachten der Sachverständigen aber, welches sich über den Zustand des Pferdes am 13. Febr. 1864 ausspricht, hat diese Beweisauflage nicht überflüssig gemacht. Denn wenn dies Erachten auch unter Zustimmung beider Theile abgegeben worden, so kann es doch für jetzt als entscheidend darum nicht zu Grunde gelegt werden, weil den Parteien noch nicht

Gelegenheit gegeben worden, dasselbe anzufechten, wozu erst in der Beweisinstanz der Ort sein wird. Auch will es die Frage nach der Brauchbarkeit des Pferdes nicht definitiv zum Abschlusse bringen, da die Experten selbst darauf hinweisen, daß sich seitdem der Zustand des Pferdes sehr wol beträchtlich gebessert haben könne. Die weitere Thatsache aber, zu welchen Zwecken Kläger dasselbe bestimmt habe, liegt vollends außer dem Bereiche ihrer Beurtheilung.

Ad 2) Eben so wenig ist die Beschwerde in ihrem zweiten Theile begründet. — Kläger findet ein Zugeständniß der culpa von Seiten des Beklagten darin,

a) daß derselbe einräumt, das gefesselte und gebremste Pferd habe dennoch ausschlagen können, und

b) daß Beklagter nicht bestreitet, es gebe noch andere Vorsichtsmaßregeln beim Beschlagen wilder Pferde, als die von ihm angewendeten; Beklagter als Hufschmied habe dieselben kennen müssen.

Beide Aufstellungen sind dem normirten Beweissatze gegenüber unzutreffend.

Denn wenn dem Beklagten aufgelegt worden, zu beweisen, daß die Verletzung des Pferdes ohne seine und seines Gesellen Schuld eingetreten sei, so hat dies offenbar den Sinn, daß Beklagter darzuthun haben wird, das beim Beschlagen des Pferdes angewendete Verfahren entspreche völlig den bei Fällen solcher Art in Frankfurter Schmieden für ausreichend erachteten Maßregeln, es seien dieselben ordnungsmäßig angewendet und trotzdem das Ausschlagen des Pferdes in das Messer des Gesellen möglich gewesen und eingetreten. Mithin liegt in der Einräumung des Beklagten, das Pferd habe ausschlagen können, weder das Zugeständniß, es sei nicht gehörig gefesselt und gebremst worden, noch das Zugeständniß, es seien die angewendeten Maßregeln überhaupt unzureichend. Denn es bleibt immer noch fraglich, ob beim Beschlagen eines Pferdes eine Fesselung in dem Grade ausführbar ist, daß jede gewaltsame Bewegung desselben unmöglich wird. Beklagter behauptet das Gegentheil; „das Seil könne nicht so stramm

zezogen werden, daß das Pferd nicht ausschlagen könne,
il sonst das Beschlagen nicht ausführbar sei." Sollte sich
ie Behauptung als richtig herausstellen, so würde sich zu-
ich ergeben, daß aus der vom Beklagten zugestandenen
atsache, daß das Pferd die Fesseln gesprengt habe, nicht
ne Weiteres gefolgert werden darf, diese Fesseln seien un-
nügend gewesen.

Ebensowenig ist ein Verschulden des Beklagten schon
rin zu finden, daß er nicht alle beim Beschlagen wilder
erde überhaupt vorkommenden Maßregeln kennt, so daß
wirksamere Maßregeln nicht hat anwenden können. Zwar
es richtig, daß auch die imperitia als culpa anzusehen
d daß namentlich dem artifex als culpa zu imputiren ist,
s er „imperitia peccavit."

L. 9. § 5. D. locati conducti (19, 2).

Aber die peritia eines artifex ist nicht nach einem absolu-
n Maßstabe zu bemessen, sondern es sind bei der Beur-
ilung, ob die Unterlassungen und Fehler bei Ausübung
ner Kunst oder eines Gewerbes der imperitia zuzuschreiben,
e concreten Verhältnisse zu berücksichtigen; vorliegend also
ird das Maß der Kenntnisse und Erfahrungen, wie es sich
i den Frankfurter Hufschmieden darstellt, entscheidend sein.
at Beklagter in concreto alles gethan, was in gleichem
alle auch der vorsichtigste Hufschmied in Frankfurt nur ge-
an haben würde, so folgt von selbst, daß es ihm nicht an
r genügenden Geschäftskunde mangelt, und kann ihm die
ichtkenntniß anderer in Frankfurt nicht zur Anwendung
mmender Maßnahmen beim Beschlagen von Pferden nicht
s imperitia angerechnet werden.

L. 25. § 7. D. locati conducti (19, 2)

Aus dem Dargelegten geht zugleich hervor, daß die Beur-
eilung der Verfahrungsweise des Beklagten sich wesentlich
uf die Begutachtung Sachverständiger wird stützen müssen,
aß mithin schon aus diesem Grunde über die Frage nach
er culpa des Beklagten eine definitive Entscheidung, welche

Kläger mit seiner Beschwerde beantragt, im jetzigen Stadium des Processes unmöglich ist.

II. In seiner eventuellen zweiten Beschwerde wiederholt Kläger den ersten Theil seiner ersten Beschwerde, also den schon oben als unbegründet nachgewiesenen Antrag, daß der ihm aufzulegende Beweis auf den Werth des Pferdes zur Zeit der Verwundung zu beschränken sei, und will in weiterer Eventualität daneben zu dem Beweise zugelassen werden, daß das Pferd in seiner Brauchbarkeit in hohem Grade und bleibend beeinträchtigt sei. Kläger vermeint mithin, er sei nicht bloß bei gänzlicher Unbrauchbarkeit des Pferdes berechtigt dessen Rücknahme zu verweigern, sondern auch bei nur verminderter Brauchbarkeit desselben.

Kläger kann allerdings begehren, daß, insofern das Pferd durch die Schuld des Beklagten oder seines Gesellen deteriorirt worden, ihm dafür voller Ersatz geleistet werde. Aber von einer Restitution des Pferdes kann schwerlich die Rede sein, da Beklagter überall nicht Besitzer desselben geworden, sondern Kläger Besitzer auch während des Beschlagens des Pferdes blieb. Indessen sollte es sich wirklich um eine Verpflichtung des Beklagten nicht bloß zum Schadensersatz, sondern zugleich zur Restitution des Pferdes handeln, so würde zwar derselbe durch Rückgabe des verwundeten Pferdes dieser Verpflichtung im rechtlichen Sinne nicht nachgekommen sein.

L. 1. § 16. D. depositi vel contra (16, 3).

Das Pferd würde als nicht restituirt gelten, so lange nicht Ersatz wegen der Deterioration desselben erfolgte, die Rücknahme selbst aber würde Kläger nicht ablehnen können, wenn ihm wegen der Verletzung Schadensersatz geworden wäre. Nur wenn das Pferd völlig unbrauchbar geworden, würde die Rücknahme desselben vom Kläger beanstandet werden können. Diesen Fall aber haben die bisherigen Richter schon dann als eingetreten erachtet, wenn Kläger das Pferd nicht für seine besonderen Zwecke verwenden kann, und damit das dem Kläger Günstigste statuirt, so daß seine noch weiter gehende Beschwerde völlig grundlos ist.

III. Eventualiter erachtet sich drittens Kläger durch die Fassung des Beweissatzes für den dem Beklagten freigelassenen Beweis des casus beschwert. Hier ergiebt nun zunächst eine Vergleichung der klägerischen Beschwerde mit den auf die Darlegung des casus bezüglichen Einwendungen des Beklagten, daß diese thatsächliche Begründung weiter geht, als die vom Kläger beantragte Fassung des Beweissatzes. Da nun auch aus dem ganzen thatsächlichen Verlaufe der Begebenheit, wie Beklagter denselben excipiendo darstellt, hervorgeht, daß es, weil in mehrfacher Beziehung die rechtliche Bedeutung der Thatsachen nur mit Hülfe von Sachverständigen zu beurtheilen sein wird, bedenklich erscheinen muß, über die Relevanz oder Irrelevanz des resp. Vorbringens schon jetzt sich auszusprechen, so ist die vom Stadtgerichte gewählte generelle, auf die Abwesenheit des Verschuldens auf beklagtischer Seite gestellte Fassung des Beweisthema für durchaus angemessen zu erachten, zumal eine Unklarheit hinsichtlich des Thatsächlichen bei derselben vorliegend nicht zu besorgen ist. Somit kann die gewählte Fassung des Beweisthema dem Kläger überall nicht zur Beschwerde gereichen und stehen processualische Bedenken einer solchen Fassung nicht entgegen, wie in der Rechtsprechung des Ober-Appellationsgerichts häufig anerkannt worden ist.

Vergl. z. B. Wunderlich, Jurisprudenz des Ober-Appellationsgerichts in Lübecker Rechtssachen. Bd. I. pag. 390.

IV. In seiner vierten Beschwerde beantragt Kläger, daß ihm der Beweis dreier angeblicher Repliken freigelassen werde. Aber keiner der bezüglichen Anführungen ist die Begründung einer selbstständigen Replik zu entnehmen, vielmehr gehört das gesammte Vorbringen in den directen Gegenbeweis.

1) Die Behauptung, es würden beim Beschlagen wilder Pferde noch anderweitige Vorsichtsmaßregeln angewendet, enthält, soweit sie nach dem Obigen zu beachten sein wird, nichts weiter als ein Ableugnen der beklagtischen Einwendung, daß die angeordneten Maßregeln nach den Frankfurter Verhältnissen für ausreichend zu achten seien.

2) Mit der Behauptung, daß das Pferd **sich im** Augenblick der Verletzung ruhig verhalten habe, **vermeint** Kläger nur das entgegenstehende Vorbringen des **Beklagten**, das Pferd habe sich die Verletzung durch **Ausschlagen mit** dem Hinterfuße selbst zugefügt.

3) Endlich enthält die klägerische Anführung, daß der Geselle Hacberle bei Führung des Messers **unachtsam** verfahren, lediglich ein Bestreiten der diligentia **dieses Gesellen**, die Beklagter zu beweisen hat.

---

89. Hamburg.

Die Erben von weiland **Johann Heinrich Rabe** in Hamburg, Kläger, wider die löbliche **Kämmerei**, jetzt die hochlöbliche **Finanzdeputation** daselbst, Beklagte, Entschädigung wegen stattgehabter Expropriation betreffend.

---

1) Wenn die Parteien auf Grund eines erstatteten Gutachtens eine Definitivsentenz beantragen, das Gericht aber eine Vervollständigung des Gutachtens verfügt, so ist das kein bloß proceßleitender Bescheid.

2) Das revidirte Expropriationsgesetz vom 26. April 1841 § 19 und 27 entscheidet nicht über das Recht des Niedergerichts, die Zahl der Anfangs ex officio ernannten Sachverständigen später den Umständen nach zu vermehren.

3) Nach der Bestimmung des § 6 des gedachten Expropriationsgesetzes, daß bei theilweiser Expropriation etwanige Werthherhöhungen, welche für den nachbleibenden Theil durch die beabsichtigte Anlage entstehen, bei der Entschädigung für den abzutretenden Theil in Anrechnung kommen sollen, sind unter diesen Werthherhöhungen nur solche zu verstehen, welche nach dem Rath- und Bürgerschlusse, wodurch entschieden ist, daß zu Gunsten einer beabsichtigten Anlage das Gesetz in

Anwendung zu bringen sei (§ 2), eingetreten sind, nicht solche, welche durch die Aussicht auf die fragliche Anlage etwa schon vorher eingetreten sein mögen.

4) Proceßzinsen unterliegen nicht der gesetzlichen Beschränkung auf das alterum tantum.

Rechtsfall. Eine bei Hamburg belegene Marschgegend, der Hammerbrook genannt, ungefähr 500 Morgen haltend, wurde früher regelmäßig im Frühling und Herbst unter Wasser gesetzt. Nachdem die Behörden von den Grundeigenthümern im Hammerbrook — nur etwa ein Viertel desselben ist Staatseigenthum — schon öfters darum angegangen waren, eine bessere Entwässerung, als die bereits bestehende, herzustellen, ward im Jahre 1840 in Auftrag der Behörde von dem Englischen Ingenieur Lindley ein umfassender Plan zur Trockenlegung des Landes und Anlegung eines neuen Stadttheils daselbst ausgearbeitet und am 1. October 1840 veröffentlicht; auch, nachdem er am 1. September 1842 auf Antrag des Senats von der Bürgerschaft genehmigt worden war, noch in diesem Jahre mit dessen Ausführung begonnen. Nach diesem Plane sollten sich u. a. sämmtliche Grundeigenthümer des Hammerbrooks verpflichten, den zu den Canälen und Straßen erforderlichen Grund und Boden unentgeltlich herzugeben. Drei derselben verweigerten dies aber, und da hiernach die Nothwendigkeit der Expropriation eintrat, so legte der Senat am 14. März 1844 der Bürgerschaft ein revidirtes Expropriationsgesetz vor, welches genehmigt und am 26. April 1844 publicirt ward. Der § 6 dieses neuen Gesetzes bestimmt im graden Gegensatz zu dem bis dahin bestandenen, daß bei theilweiser Expropriation etwaige Wertherhöhungen, welche für den nachbleibenden Theil durch die (beabsichtigte) Anlage entstehen, bei der Entschädigung für den abzutretenden Theil in Anrechnung kommen.

Auf ferneren Antrag des Senats genehmigte am 6. Juni 1844 die Bürgerschaft, das neue Gesetz gegen jene drei Grund-

eigenthümer zur Anwendung zu bringen. Unter ihnen befand sich der Erblasser der Kläger, welcher von seinem im Hammerbrook belegenen, 10 Morgen betragenden Lande neun Flächen Graslandes von zusammen 2 Morgen und $22^{4}/_{14}$ □Ruthen abtreten sollte. Er forderte hiefür eine Entschädigung von Bco.ℳ 10,000. pr. Morgen.

Die ernannten drei Sachverständigen erachteten die geforderte Entschädigung als dem Werthe, den das Land am 6. Juni 1844 gehabt, entsprechend, erklärten jedoch, daß dieser Kaufpreis durch die Wertherhöhung, welche für den nachbleibenden Theil des Grundstücks aus dem Plane der Entwässerung und Bebauung des Hammerbrooks entstehe, vollständig ausgeglichen werde, indem sie namentlich geltend machten, daß das nachbleibende Areal nach dem Anlage-Plan theils eine Straßenfronte von 2900 Fuß, theils eine Canalfronte von 1900 bis 2000 Fuß erhalten werde. Auf Grund dieses Gutachtens erkannte daher das Niedergericht am 20. Juni 1845:

> daß Beklagte zur unentgeltlichen Abtretung der ... neun Flächen Grasland zu verpflichten.

Und dieses Erkenntniß ward in diesem Punkte vom Obergerichte bestätigt.

Am 5. Juli 1858 erhoben nun aber die Erben des inzwischen verstorbenen Expropriirten gegen die den Staat in finanzieller Beziehung damals vertretende Kämmerei eine Klage, welche im Wesentlichen sich darauf gründete, daß die in dem Plane, welcher die Expropriation herbeigeführt, in Aussicht gestellten Anlagen theils gar nicht, theils mit so wesentlichen Abweichungen zur Ausführung gebracht seien, daß die Voraussetzung, von welcher die Sachverständigen und das Expropriations-Erkenntniß ausgegangen, sich als eine irrige erwiesen habe, indem die Ländereien der Kläger zur Zeit noch, wie früher, ein unentwässertes, periodischen Ueberschwemmungen ausgesetztes Gras- und Gemüseland geblieben und nicht nur keine Wertherhöhung desselben eingetreten und zu erwarten sei, sondern, weil durch die expropriirten Parcelen in unzusammenhängende Stücke zerschnitten, vielmehr an

Werth verloren habe. Der Staat sei ihnen daher zum Schadensersatz verpflichtet, und dieser bestehe:

1) in dem Werthe der expropriirten 2 Morgen 22⁴/₁₄ □Ruthen Marschlandes,

2) in der Werthverminderung des den Klägern verbliebenen zerstückelten Areals,

3) in den dadurch herbeigeführten Kosten für Anlage und Erhaltung diverser Verbindungsbrücken, und

4) in einer billigen Entschädigung für später zu erörternde Nachtheile.

Vom Niedergericht ward diese Klage noch zur Zeit und angebrachtermaßen abgewiesen, weil hier ein Fall vorliege, wo nach der Appellabilitäts-Verordnung § 2 zuvor die quaestio an sowohl dahin, ob ein zu ersetzender Schade vorliege, als dahin, ob die Behörde, von welcher Ersatz gefordert werde, deshalb in Anspruch genommen werden dürfe, auf dem verfassungsmäßigen Wege auszumachen sei. Durch ein in höchster Instanz bestätigtes Erkenntniß des Obergerichts vom 18. März 1859 ward jedoch die Beklagte schuldig erkannt, sich auf die Klage hauptsächlich einzulassen; und zwar sprach das Obergericht sich in den Entscheidungsgründen dahin aus, daß, wenn auch die Frage, ob die Behörde befugt gewesen, bei Ausführung der Anlagen Abänderungen des ursprünglichen Plans vorzunehmen, eine hier überall nicht in Betracht kommende Frage des öffentlichen Rechts sei, dennoch die hier lediglich zu entscheidende Frage, ob und in wie weit Kläger für ihr expropriirtes Land Anspruch auf Entschädigung haben, rein privatrechtlicher Natur sei, indem in dieser Beziehung die Expropriation lediglich als ein Kauf anzusehen sei, bei welchem die Größe des Kaufpreises durch ein arbitrium boni viri festgestellt werden sollte.

Nachdem nunmehr die Sache vor dem Niedergericht weiter verhandelt war, in welcher Verhandlung die Kläger die Ansicht verfochten, daß es zur Begründung ihrer Entschädigungsforderung für das expropriirte Land genüge, wenn entweder von dem ursprünglichen Lindlay'schen Plan abgewichen sei,

oder aber dieser Plan seinen Zweck nicht habe erreichen können, ohne daß es auf weitere Beweise ankomme, gab das Niedergericht am 21. December 1860 ein rechtskräftig gewordenes Erkenntniß ab, worin Es

A. den Anspruch der Kläger auf Ersatz des Werthes des expropriirten Landes ohne Abrechnung einer etwaigen dem übrig gebliebenen Lande entstehenden Werthserhöhung verwarf, dagegen

B. erkannte, daß zur Ermittelung der Frage, ob die vom Staate zur Verbesserung des Hammerbrooks ausgeführten oder noch auszuführenden Anlagen den Werth des den Klägern verbliebenen Landes erhöhen oder vermindern und wie hoch diese Werthserhöhung oder resp. Verminderung anzuschlagen, eine Schätzung durch Sachverständige nach Analogie des durch das Expropriationsgesetz vorgeschriebenen Verfahrens anzuordnen sei.

Diesem Erkenntnisse gemäß wurden nach weiterer Verhandlung am 23. September 1861 drei Sachverständige ernannt und ihnen eine dem Obigen entsprechende Instruction ertheilt, welche namentlich dahin ging, bei ihrer Begutachtung folgende Momente zu berücksichtigen:

1) den Werth der fraglichen Ländereien vor dem Hammerbrook-Projecte im Jahre 1840, verglichen mit ihrem Werthe im Jahre 1845 und ihrem dermaligen,

2) inwieweit eine stattgefundene Werthserhöhung den allgemeinen Conjuncturen des Grundeigenthums und den besonderen Verhältnissen des Hammerbrooks, abgesehen von den fraglichen Anlagen des Staats, beizumessen sei, und

3) ob und inwieweit der Werth der gedachten Ländereien nach dem Jahre 1845 dadurch wieder vermindert worden, daß einzelne Gegenden des Hammerbrooks wiederholt temporäre Ueberschwemmungen erlitten haben, und daß für den Wasserstand in den Canälen und für die projectirten Wege eine größere als die ursprünglich beabsichtigte Höhe angenommen worden, und daß noch immer keine Gewißheit darüber vorliege, wann eine vollständige Sicherung des innern

Hammerbrooks gegen Ueberschwemmungen erreicht und die Anlage der projectirten, das Land der Kläger durchschneidenden Wege werde ausgeführt werden.

In ihrem Gutachten vom 1. November 1862 ward von den Sachverständigen

ad 1) der Werth der betreffenden Ländereien (nämlich aller 10 Morgen) vor dem Hammerbrook-Projecte, also im Jahre 1840 auf Species ℔ 80,000., für das Jahr 1845 auf höchstens Species ℔ 100,000., indem die Crisis, welche dem schnellen Aufschwunge des Hamburgischen Grundeigenthums gefolgt sei, im Jahre 1845 schon ihren Anfang genommen habe, der dermalige Werth auf Species ℔ 200,000. geschätzt;

ad 2) erklärt, die Wertherhöhung von Species ℔ 100,000. auf 200,000. sei der allgemeinen Conjunctur im Grundeigenthum und den besonderen Verhältnissen dieser Gegend zuzuschreiben, nicht der Staatsanlage, welches näher ausgeführt ward;

ad 3) fiel ihre Antwort verneinend aus.

Auf Grund dieses Gutachtens baten die Kläger, die ihnen zukommenden Schadensbeträge, soweit solche liquide, sammt Verzugszinsen ihnen sofort zuzuerkennen, hinsichtlich des etwa noch illiquiden Theils aber weiter zu erkennen, was Rechtens. Die Beklagten dagegen bestritten die Richtigkeit der ad 2 von den Sachverständigen gegebenen Erklärung, meinten, soviel von der eingetretenen Wertherhöhung, als der Werth des expropriirten Landes betrage, müsse unbedenklich der Anlage zugeschrieben werden, und baten daher um Abweisung der Klage.

Das Niedergericht gab indessen weder dem einen noch dem andern Antrage statt, sondern trug den Sachverständigen, welchen es den Makler Kratzenstein zuordnete, auf, ihr Gutachten namentlich ad 2 durch Beantwortung einer Reihe von Fragen zu vervollständigen, indem Es über die Frage, welcher Zeitpunkt vor 1845 für die Vergleichung mit den dermaligen Werthverhältnissen maßgebend sei, die Entscheidung noch vorbehielt.

Wider diesen Bescheid ergriffen die Kläger eine Beschwerde wegen verzögerter Justiz, eine Nichtigkeitsbeschwerde und Appellation.

Hierauf erkannte das Ober-Gericht am 18. Dec. 1863:

I. daß die Beschwerde über protrahirte Justiz zu verwerfen;

II. daß die Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen;

III. daß, in theilweiser Berücksichtigung der klägerischen Appellation, das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 9. März d. J. zwar insofern zu bestätigen, als es eine Vervollständigung des Gutachtens der Sachverständigen für unerläßlich erklärt, im Uebrigen aber wiederum aufzuheben, und zu erkennen:

1) daß im vorliegenden Processe ausschließlich über die Entschädigung zu entscheiden ist, welche den Klägern für das expropriirte Areal dann gebührt, wenn ihnen ein Aequivalent in der Wertherhöhung des ihnen verbliebenen Areals durch die, auf Grundlage des Ingenieur-Berichtes vom 1. October 1840 und der Rath- und Bürger-Schlüsse vom 1. September 1842 und vom 6. Juni 1844 unternommenen Anlagen zur Verbesserung des Hammerbrooks, wie solche jetzt hergestellt sind, und, nach der von der Beklagten in № 21 Actorum abgegebenen Erklärung, noch weiter ausgeführt werden sollen, nicht bis zum Belaufe von Bco. ℔ 20,371. 7 ß zu Theil geworden ist;

2) daß, für die Frage der durch die ausgeführten und noch auszuführenden Anlagen herbeigeführten Wertherhöhung des nachgebliebenen Areals, die Zeit von unmittelbar vor dem Rath- und Bürger-Schlusse vom 6. Juni 1844 als die zur Vergleichung des Werthes mit dem jetzigen Werthe dieses Areals maßgebende zu behandeln ist;

3) daß der Werth von unmittelbar vor dem Rath- und Bürger-Schlusse vom 6. Juni 1844 zu Bco. ℔ 10,000. pro Morgen, also zu circa Bco. ℔ 80,000. für das verbliebene Areal feststeht;

4) daß die Sachverständigen ihr am 1. November 1862 abgegebenes Gutachten durch eine auf ihren geleisteten Eid

darüber abzugebende, motivirte Erklärung zu vervollständigen haben:

„ob sie den erhöheten Verkaufswerth, welchen das verbliebene Material, dessen Werth für den Anfang des Juni-Monats 1844 zu Bco. ℔ 10,000 pro Morgen anzunehmen ist, von diesem Zeitpunkte (Anfang Juni 1844) bis jetzt gewonnen hat, dergestalt ausschließlich der für Grundbesitz in der unmittelbaren Nähe Hamburgs seit jener Zeit eingetretenen Conjunctur beimessen, daß sie annehmen, diese Steigerung des Verkaufswerthes des nachgebliebenen Areals würde selbst dann in gleichem Maaße eingetreten sein und sich bis jetzt erhalten haben, wenn sich herausgestellt hätte, die Ausführung des Plans von 1840 werde sich auf das bis jetzt Ausgeführte beschränken?"

eventuell, für den Fall der Verneinung der vorstehenden Frage:

„welchen ungefähren Antheil an der eingetretenen und noch fortbestehenden Erhöhung des Verkaufswerthes des nachgebliebenen Areals, in dem Zeitpunkte von Anfang Juni 1844 bis jetzt, messen die Sachverständigen den Erwartungen bei, daß der Plan von 1840 in seinen noch nicht ausgeführten Theilen in der Folgezeit werde ausgeführt werden? Beträgt der Antheil, der diesen Erwartungen auf die Wertherhöhung beizumessen, weniger als Bco. ℔ 20,371. 7 ß, und eventuell wie viel weniger?"

Die Sachverständigen haben bei Beantwortung dieser Fragen die Werthsteigerung, welche bis zum 6. Juni 1844 für das nachgebliebene Areal eingetreten ist, völlig unberücksichtigt zu lassen, so daß, wenn sie annehmen, die Aussichten auf Ausführung und beziehungsweise auf weitere Ausführung des Planes haben nur bis zum 6. Juni 1844 werthsteigernd gewirkt, seitdem aber habe der steigernde Einfluß des Planes auf den Verkaufswerth durch die Verzögerung der Ausführung, oder durch die nicht vollständig gelungene Entwässerung, oder durch die Erhöhung der Aufstauung in den Canälen,

oder durch die Erhöhung der Straßen und Wege, oder durch alle diese Umstände oder einzelne derselben zusammengenommen, aufgehört, oder es sei die steigernde Einwirkung des Plans, so weit sie nach dem 6. Juni 1844 für das nachgebliebene Areal fortgedauert, späterhin durch jene Umstände vollständig wieder ausgeglichen worden — unter welchen Voraussetzungen die noch vorliegende Wertherhöhung ausschließlich der Conjunctur beizumessen sein würde — die erste Frage zu bejahen und würden alsdann selbstverständlich die eventuelle zweite Frage unberücksichtigt zu lassen haben.

Nachdem in den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnisse die Verwerflichkeit der Beschwerde über verzögerte Justiz und der Nichtigkeitsquerel, so wie die Nothwendigkeit, vor der beantragten Zuerkennung des Werths des expropriirten Landes von Bco. ℔ 20,371. 7 ß noch erst eine Vervollständigung des Gutachtens der Sachverständigen eintreten zu lassen, ausgeführt ist, heißt es weiter:

Muß demnach eine Ergänzung des Gutachtens angeordnet werden, so wird zunächst festzustellen sein, welcher Zeitpunkt derjenige ist, dessen mit dem Jetztwerthe verglichener Werth für die Entscheidung maßgebend ist.

Das niedergerichtliche Erkenntniß vom 23. Septbr. 1861 hat diese Frage unentschieden gelassen. Es verlangt von den Sachverständigen Angaben über den Werth von 1840, von 1845 und von jetzt. Im Erkenntnisse a quo wird die Frage, welcher Zeitpunkt der maßgebende sei, als eine offene behandelt; dabei werden jedoch die Zeitpunkte 1840 und 1845 als diejenigen untergestellt, auf welche allein es ankommen könne. Die Parteien sollen ihre desfallsigen Ansichten entwickeln.

Nun hat es freilich seine Richtigkeit, daß eine genaue Feststellung des maßgebenden Zeitpunktes in den früher in der Sache ergangenen Erkenntnissen keinen durch Jahreszahl und Datum fixirten Ausdruck gefunden hat. Es kann aber nicht für angemessen erachtet werden, die hier in Frage stehende reine Rechtsfrage, über welche sich überdies beide Parteien in der Appellations-Instanz ausgesprochen haben, auch jetzt

noch unentschieden zu lassen. Sie muß jetzt, bevor zur Ergänzung der Begutachtung geschritten wird, rechtskräftig entschieden werden, weil eine Begutachtung unter Voraussetzung eines oder mehrerer irrelevanten Zeitpunkte eine ganz müssige sein würde, und eine auf mehrere Zeitpunkte, von denen nur einer der maßgebende sein kann, gerichtete Begutachtung, die an und für sich schwierige Aufgabe der Sachverständigen nur noch zu verwickeln und zu verweitläuftigen geeignet sein würde.

Der, allein für die Vergleichung mit dem Jetztwerthe maßgebende Zeitpunkt fällt aber weder in das Jahr 1840, noch in das Jahr 1845, sondern in das Jahr 1844, und zwar in die, dem Rath- und Bürger-Schlusse vom 6. Juni 1844, durch welchen die Expropriation sanctionirt wurde, unmittelbar vorangehende Zeit. Dieser Zeitpunkt ist, und mit vollem Rechte, in der, den Sachverständigen von 1845 ertheilten Instruction als der maßgebende bezeichnet, und von den damaligen Sachverständigen unverrückt im Auge behalten worden. Sie erklären sich im Eingange ihres Gutachtens berufen, ein Gutachten abzugeben:

„behufs Ermittelung des Werthes derselben (der expropriirten Flächen) vor dem 6. Juni 1844."

Gegen diese Auffassung könnte freilich auf den ersten Blick der

§ 6 des Expropriations-Gesetzes von 1844

Zweifel erregen, sofern nach demselben die Wertherhöhungen, welche für den nachbleibenden Theil durch die Anlagen entstehen, in Compensation gebracht werden sollen. Es ließe sich denken, daß der Gesetzgeber auch die Wertherhöhung, welche dem theilweise expropriirten Grundstücke schon durch Bekanntwerdung des Projectes, dessen Ausführung die Expropriation nothwendig macht, bereits vor dem formellen Expropriations-Beschlusse zu Theil geworden, mit in Compensation gebracht wissen wollte. Allein dem steht entgegen:

1) die correctorische Natur des Gesetzes von 1844. Das Gesetz von 1839 kannte eine Compensation durch Wertherhöhung des nachbleibenden Theiles nicht, und es darf nicht

angenommen werden, daß das correctorische Gesetz, ohne es ausdrücklich zu sagen, auch die, wenn auch auf den Verkaufswerth bereits eingewirkt habende Erwartung eines, die Ausführung einer Anlage bedingenden Expropriations-Beschlusses mit in computum hätte gebracht wissen wollen;

2) eine Vergleichung des § 6 cit. mit dem § 13 ibidem. Der Letztere will bei der Abschätzung die, nach dem, die Expropriation verfügenden Rath- und Bürger-Schlusse vorgenommenen Veränderungen nicht berücksichtigt wissen. Alle nach diesem Zeitpunkte getroffenen Dispositionen sollen ohne Einfluß auf die Abschätzung bleiben. Solche Dispositionen dagegen, die vor dem Rath- und Bürger-Schlusse getroffen worden, sollen nur dann unberücksichtigt bleiben, wenn nachgewiesen wird, daß sie in Voraussicht der bevorstehenden Expropriation zur Erschwerung derselben vorgenommen worden. Hier liegt also ein a contrario zu abstrahirendes Argument vor, daß Verkäufe und sonstige Dispositionen, welche bona fide zu einer Zeit vorgenommen wurden, zu welcher die Anlage und der Rath- und Bürger-Schluß bereits in der Luft schwebten, aber noch der gesetzlichen Sanction entbehrten, allerdings bei der Abschätzung berücksichtigt werden sollen;

3) die rechtliche Natur der Sache. Hatte die Kundwerdung des Berichtes von 1840 und hatte der Rath- und Bürger-Schluß von 1842 den Werth des Grundbesitzes im Hammerbrook bereits wesentlich gesteigert, wie das auch die Motive des Senats-Antrages von 1842 annehmen (sie unterstellen schon für den Zeitpunkt von 1840 bis 1842 eine Wertherhöhung um mehr als vierfachen Belauf): so hatte der klägerische Erblasser bereits vor dem Expropriations-Beschlusse einen weitaus erhöheten Verkaufswerth seines Areals oder eines Theiles desselben gewonnen. Durch einen Verkauf hätte er diesen Gewinn sofort realisiren können, und sein Käufer hätte nach dem, von ihm entrichteten Kaufpreise, sofern derselbe nicht erweislich zur Erschwerung der Expropriation in die Höhe geschroben worden war, entschädigt werden müssen. Daß der klägerische Erblasser nicht verkaufte,

daß er vielmehr die Realisirung eines bereits wirklich erworbenen Gewinnes einer spätern Zeit vorbehielt, kann ihn des erworbenen Rechtes auf den wirklich gewordenen Gewinn nicht verlustig gemacht haben;

dem steht auch nicht etwa der Umstand entgegen, daß der Bericht von 1840 der Bürgerschaft bereits am 1. September 1842 vorgelegt, und von derselben ein auf Grund dieses Berichtes abgeschlossenes Uebereinkommen genehmigt, daß auch in der Motivirung dieses Antrages auf eventuelle Expropriationen bereits hingewiesen worden war. Die Erwartungen mochten durch diese Maßregeln gesteigert, der Speculation weite Aussichten eröffnet sein. Der gesetzlich maßgebende Termin war dadurch noch nicht eingetreten, und deshalb wurde

4) bei dem Expropriations-Verfahren von 1845 den Sachverständigen mit vollem Rechte zur Pflicht gemacht, den Werth zu ermitteln, den das expropriirte Terrain unmittelbar vor dem Rath- und Bürger-Schlusse vom 6. Juni 1844 gehabt habe.

Demnach mußte, wie im deciso sub III, 2. geschehen, erkannt werden.

Durch diese Entscheidung werden nachstehende Modificationen des Erkenntnisses a quo herbeigeführt:

1) Es liegt keine Veranlassung vor, den bisherigen Sachverständigen einen weitern Mitbegutachter in der Person des Maklers Kratzenstein beizuordnen. Diese Beiordnung ist vom Erkenntniß a quo nicht etwa durch eine absolute Unzulänglichkeit der Beurtheilungskraft der bisherigen Begutachter, sondern nur dadurch motivirt worden, daß zwei der bisherigen Begutachter ihre Erfahrungen allererst seit dem Jahre 1842 datiren, während das Niedergericht auch auf die Werthermittelungen für 1840 Gewicht legt. Ist aber die Zeit bis 1844 für die bevorstehende Entscheidung irrelevant, so fällt auch die Veranlassung zur Verstärkung des bisherigen sachverständigen Personals hinweg.

2) Aus der den Sachverständigen zum Zwecke der Vervollständigung ihres Gutachtens zu ertheilenden Instruction sind alle, auf die Jahre 1840 und 1845 bezüglichen Andeutungen und Fragen auszuscheiden.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen beide Theile Rechtsmittel, unter Aufstellung von Beschwerden, deren Richtung und Inhalt die Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts ergeben. Dasselbe erließ zunächst am 25. März 1865 ein Prälocut des Inhalts:

Daß zwar die Förmlichkeiten der wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 18. December 1863 ergriffenen beiderseitigen Rechtsmittel für gewahrt zu erachten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, die von der Beklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, so wie die von den Klägern angebrachte einfache Beschwerde und nicht minder der Letzteren Appellation, so weit sie ihre in voriger Instanz erhobene Nullitäts- und einfache Beschwerde betrifft, als unstatthaft, beziehungsweise unbegründet zu verwerfen sei. Im Uebrigen aber wird das Erkenntniß sowohl über die weiteren Appellationsbeschwerden beider Theile als auch über den Kostenpunkt noch einstweilen ausgesetzt, und fürerst den im Niedergerichts-Bescheide vom 23. Septbr. 1861 ernannten drei Sachverständigen aufgegeben, sich annoch nachträglich darüber zu erklären:

1) ob und wie viel von der Werthsteigerung von 80,000 ℔ auf 100,000 ℔, welche nach ihrem Gutachten das Rabe'sche Grundstück seit dem Jahre 1840 bis zum Jahre 1845 erfahren hat, auf den Zeitraum seit dem 6. Juni 1844 zu rechnen, und ob und bis zu welchem Betrage diese Wertherhöhung bis zum 6. Juni 1844 den bereits begonnenen und den noch in Aussicht gestandenen neuen Anlagen im Hammerbrook beizumessen sei; und
2) ob, wenn eine dadurch herbeigeführte Werthsteigerung anzunehmen, dieselbe in Folge des später eingetretenen Stillstands jener Anlagen eine Verminderung und von welchem Betrage erfahren habe.

Und soll wegen Einholung solcher nachträglichen Erklärung der Sachverständigen durch das Niedergericht, unter einstweiliger Rücksendung der Voracten, behufiges Ersuchungsschreiben an das Obergericht erlassen werden.

Entscheidungsgründe.

I. Die von der Beklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, welche zunächst zu prüfen war, mußte als unbegründet verworfen werden.

Das Erkenntniß des Obergerichts soll nach der Ansicht der Beklagten an einem wesentlichen Mangel in Hinsicht des gerichtlichen Verfahrens leiden, und zwar soll

A. der erste Mangel darin bestehen, daß das Obergericht die Appellation der Kläger gegen den Niedergerichtsbescheid vom 9. März 1863 zugelassen habe, obgleich dieser Bescheid nur ein bloß proceßleitender sei.

Allein da die Parteien auf Grund des eingegangenen Gutachtens beim Niedergerichte eine definitive Entscheidung beantragt hatten, der Niedergerichts-Bescheid hingegen auf Grund einer materiellen Prüfung des Gutachtens der Sachverständigen dasselbe in wesentlichen Punkten für mangelhaft erklärt und unter Zuziehung eines vierten Sachverständigen und Aufstellung einer Reihe neuer Fragen ein anderweites Gutachten gefordert hat, so stellt sich derselbe keineswegs als ein bloß proceßleitender Bescheid dar, sondern als ein solcher, welcher wesentlich in die Definitive eingreift und durch die Appellation gegen diese nicht wieder beseitigt werden kann.

B Die zweite Nichtigkeit, deren das Obergericht sich schuldig gemacht, soll in der Beseitigung des vom Niedergerichte ernannten vierten Sachverständigen, des Maklers Kratzenstein und der zur Begutachtung gestellten neuen Fragen bestehen, indem darin ein Verstoß gegen res judicata liege. Denn durch den vom Obergerichte bestätigten Niedergerichts-Bescheid vom 21. December 1860 sei verfügt worden, daß eine Schätzung durch Sachverständige nach Analogie des

durch das Expropriationsgesetz vorgeschriebenen Verfahrens anzuordnen sei. Dieses Gesetz autorisire aber das Gericht, zu bereits ernannten Sachverständigen neue zuzuziehen, (§ 19 und 27) und schneide gegen eine solche Verfügung jedes Rechtsmittel ab. (§ 39.) Nun kann man immerhin zugeben, daß im Expropriationsverfahren dem Richter die Befugniß zusteht, die Zahl der anfangs ex officio ernannten Sachverständigen den Umständen nach zu vermehren; das Gesetz entscheidet aber diese Frage gar nicht, sondern giebt dem Niedergerichte nur das Recht, statt der ein für alle Mal in Expropriationssachen ernannten Sachverständigen in besonderen Fällen später eigene Sachverständige zu ernennen. Darin, daß das Obergericht die Zuziehung des Kratzenstein für überflüssig erklärt und die neuen Fragen beseitigt hat, liegt also an sich keine Nullität. Die Beklagte scheint sie denn auch nur darin zu setzen, daß das Obergericht die Beschwerde der Kläger gegen die betreffende Verfügung des Niedergerichts zugelassen und darauf hin reformirt hat. Allein dadurch, daß übereinstimmend von beiden vorigen Gerichten früher eine Schätzung durch Sachverständige nach Analogie des durch das Expropriationsgesetz vorgeschriebenen Verfahrens für angemessen erachtet ist, was sich, zumal nach den Entscheidungsgründen des Obergerichts, nur auf die Art der Ernennung der Sachverständigen bezieht, ist nicht gesagt worden, daß das ganze für Expropriation angeordnete besondere processualische Verfahren in der gegenwärtigen Sache zur Anwendung zu bringen sei. Folglich leidet auch die Vorschrift des § 39 des gedachten Gesetzes hier keine Anwendung und von einem Verstoß contra rem judicatam kann folglich auch hier keine Rede sein.

Gleich verwerflich sind

II. die beiden Appellationsbeschwerden, welche die Kläger dahin gerichtet haben, daß ihre in voriger Instanz erhobene simplex querela und imgleichen ihre Nichtigkeitsbeschwerde vom Obergerichte verworfen worden seien.

— Grav. 5 und 6. —

Was

A. die Beschwerde wegen verzögerter Justiz betrifft, so bedarf es kaum der Bemerkung, daß dieselbe in einem Falle, wie der vorliegende, wo der Richter, weil er einen von ihm angeordneten Sachverständigenbeweis nicht für genügend erachtet, um schon definitiv zu entscheiden, noch eine Vervollständigung desselben verfügt, durchaus unstatthaft ist. Mit demselben Rechte könnte man wegen eines jeden Beweisinterlocuts, weil man es für überflüssig erachtet, den Richter der Verzögerung der Justiz beschuldigen.

B Die Nullitätsbeschwerde aber war eine offenbar unbegründete. Denn

1) selbst wenn das Niedergericht bei seiner neuen Instruction der Sachverständigen von anderen Grundsätzen über die Werthérhöhung des den Klägern verbliebenen Landes ausgegangen wäre, als das Expropriationserkenntniß, was hier unerörtert bleiben kann, selbst wenn

2) die den Sachverständigen vorgelegten Fragen captiöser und suggestiver Natur wären — was sie nicht sind —, so würde dadurch das Erkenntniß keineswegs zu einem nichtigen werden. Wenn aber

3) das Erkenntniß deswegen diesen Charakter haben soll, weil das Niedergericht, statt ganz neue Sachverständige zu ernennen, den bisherigen einen vierten, und zwar den von der Beklagten vorgeschlagenen Kratzenstein zugeordnet und dadurch den Grundsatz verletzt habe, daß die eine Partei ebensoviele Sachverständige vorschlagen dürfe als die andere, so übersehen die Kläger, daß in diesem Falle mit der Ernennung der Sachverständigen nach Analogie der Vorschrift des Expropriationsgesetzes verfahren werden soll, daß aber nach diesem die Parteien kein Recht haben, bei Ernennung der Sachverständigen zu concurriren, und daß dasselbe den Richter zwar, wie oben bemerkt, nicht autorisirt, aber ebenso wenig es ihm verbietet, den zuerst ernannten Sachverständigen, wenn sie ihrer Aufgabe nicht ganz gewachsen erscheinen, demnächst einen weiteren zu adjungiren, daß daher kein Verstoß

gegen ein bestimmt vorgeschriebenes Verfahren vorliegt, geschweige denn ein wesentlicher Mangel des Verfahrens, wie er vorhanden sein müßte, um eine Nichtigkeitsbeschwerde zu begründen.

III. Daß endlich die von den Klägern gegen das Obergerichts-Erkenntniß vorgebrachte Beschwerde wegen verweigerter und verzögerter Justiz eine völlig unstatthafte ist, bedarf nach dem oben ad II. A. Bemerkten keiner weiteren Ausführung.

Was nun aber die weiteren Appellationsbeschwerden beider Theile, und namentlich die für die meisten der übrigen präjudicelle erste Beschwerde der Kläger anlangt, welche eine bereits jetzt auf Grund des abgegebenen Gutachtens der Sachverständigen auszusprechende Verurtheilung der Beklagten zur Bezahlung in das angebliche liquidum von Bco. ℔ 20,371. 7 ß nebst Verzugszinsen vom Tage der Expropriation bezielt, so empfahl es sich die Entscheidung hierüber fürerst noch auszusetzen und vorab nach Maßgabe des § 149 der O.-A.-Ger.-Ordnung eine Vervollständigung des Gutachtens der Sachverständigen in einem Punkte, worin es derselben bedarf, von hieraus zu verfügen.

Die in dem Niedergerichts-Bescheide vom 23. Septbr. 1861 den Sachverständigen gestellte zweite Specialfrage: in wie weit eine stattgefundene Wertherhöhung der Ländereien der Kläger den allgemeinen Conjuncturen des Grundeigenthums und den besonderen Verhältnissen des Hammerbrooks, abgesehen von den neuen Anlagen in demselben, beizumessen sei, bezieht sich nämlich in Beihalt der ersten Specialfrage auf die Wertherhöhung in dem ganzen Zeitraum von 1840 bis jetzt. Die Antwort der drei Sachverständigen auf diese Frage beschränkt sich aber auf den Zeitraum von 1845 bis jetzt. Es fehlt sonach an einer Erklärung darüber, inwiefern die für den früheren Zeitraum bis 1845 angegebene Werthsteigerung von 80,000 ℔ auf 100,000 ℔ ebenfalls nur der allgemeinen Conjunctur im Grundeigenthum und den besonderen Verhältnissen der betreffenden Gegend zuzuschreiben sei.

Es mußte indessen für genügend erachtet werden, die Sachverständigen so, wie im erlassenen Prälocute geschehen, zu veranlassen, ihre Erklärung auf den dort näher angegebenen Zeitpunkt zu beschränken.

In ihrem am 21. Juni 1865 abgegebenen nachträglichen Gutachten erklärten nun die Sachverständigen auf die erste Frage, unter gewissenhafter Berücksichtigung aller ihnen bekannten Verhältnisse und namentlich unter Bezugnahme auf die in ihrem Gutachten vom 1. November 1862 ausgesprochenen Ansichten:

> daß das Rabe'sche Grundstück bereits in der ersten Hälfte des Jahres 1844 einen Werth von Species ℔ 100,000 erreicht gehabt, daß aber Angesichts der herannahenden Crisis der Werth in dem letzten halben Jahre 1844 sich zwar nicht erhöht, indeß auch nicht vermindert habe.

Hierauf erkannte das Oberappellationsgericht am 30. November 1865 weiter:

Daß das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 18. December 1863, wie hiemit geschieht, wieder aufzuheben und vielmehr

1) die Beklagte schuldig sei, den Klägern den Werth der fraglichen expropriirten 2 Morgen 22$^{4}/_{14}$ □Ruthen Landes mit Bco. ℔ 20,371. 7 ß nebst den Zinsen seit dem 20. Juni 1845 bis zum 5. Juli 1858 zu fünf Procent und von da ab zu sechs Procent zu bezahlen, auch die seither erwachsenen Kosten erster Instanz zu erstatten, und

2) die Kläger berechtigt seien, ihre Schadensansprüche wegen der Werthverminderung, welche das ihnen verbliebene Land seit dem Jahre 1845 durch die Anlagen im Hammerbrook angeblich erlitten, in dem gegenwärtigen Processe zu liquidiren.

Entscheidungsgründe.

Nachdem das in dem Prälocute vom 25. März d. Js. erforderte nachträgliche Gutachten der in dem Niedergerichtsbescheide vom 23. Septbr. 1861 ernannten drei Sachverstän-

digen zu den Acten gekommen und die Parteien über dasselbe vernommen, war nunmehr über die Beschwerden beider Theile, soweit sie nicht durch das gedachte Prälocut bereits ihre Erledigung gefunden haben, weiter zu erkennen.

I. Die Beklagte richtet ihre erste Beschwerde wider die Bestimmung des Obergerichts-Erkenntnisses sub 2:

> daß für die Frage der durch die ausgeführten und noch auszuführenden Anlagen (im Hammerbrook) herbeigeführten Wertherhöhung des nachgebliebenen Areals die Zeit unmittelbar vor dem Rath- und Bürgerschlusse vom 6. Juni 1844 als die zur Vergleichung des Werths dieses Areals maßgebende zu behandeln sei,

indem sie verlangt, entweder die Entscheidung dahin zu treffen, daß auch die Periode vom 1. October 1840 (dem Tage der Veröffentlichung des Lindleyschen Entwässerungsplans) bis zum 6. Juni 1844 für die fragliche Wertherhöhung in Betracht zu ziehen sei, oder die Entscheidung über den mehr oder minder großen Einfluß dieser Periode dem Erkenntnisse vorzubehalten.

A. Der erste zur Rechtfertigung dieser Beschwerde geltend gemachte processualische Grund, daß die Entscheidung des Obergerichts contra rem judicatam verstoße, ist ein völlig unzutreffender. Zwar hat das Niedergericht in seinem Bescheide vom 23. Septbr. 1861 in der Instruction für die Sachverständigen diesen unter anderm aufgegeben, bei der Abschätzung der Wertherhöhung des den Klägern verbliebenen Landes den Werth zu berücksichtigen, welchen dasselbe vor dem Hammerbrook-Projecte im Jahre 1840 verglichen mit dem Werthe im Jahre 1845 und dem jetzigen gehabt habe, sich also hiedurch allerdings über die Basis der vorzunehmenden Schätzung ausgesprochen; und daß dies eine in die künftige Definitive eingreifende Entscheidung war, läßt sich nicht bestreiten. Allein theils genügte dies allein noch nicht, um den Bescheid appellabel, also der Rechtskraft fähig zu machen,

Verordn. in Betreff des vor den Justizbehörden zu beobachtenden Verfahrens vom 29. Decbr. 1815. Art. 40,

theils hat das Niedergericht in seinem letzten Bescheide vom 9. März 1863 selbst erklärt, daß Es durch die obige Fassung der Instruction die unter den Parteien noch nicht verhandelte Frage nicht habe entscheiden wollen, so daß das Obergericht also mit vollem Rechte angenommen hat, das Niedergericht habe dieselbe als eine noch offene behandelt. Allein

B. auch materiell war der Bestimmung des Obergerichts in diesem Punkte beizutreten. Und zwar kommt außer den im angefochtenen Erkenntnisse angegebenen, von der Beklagten nicht widerlegten Gründen als entscheidend Folgendes in Betracht.

Im Expropriationsverfahren war es den Sachverständigen zur Pflicht gemacht, den Werth zu schätzen, welchen der expropriirte Theil des Rabe'schen Landes vor dem 6. Juni 1844 gehabt habe. Und sie thaten dies, indem sie erklärten, das ganze Land sei damals Bco. ℔ 10,000. per Morgen werth gewesen, wonach für die expropriirten Parcelen sich der — auch im gegenwärtigen Processe zum Grunde gelegte — Werth von Bco. ℔ 20,371. 7 ß ergab. Wenn nun die Sachverständigen weiter erklärten, Rabe werde für diesen Betrag durch die Werthserhöhung entschädigt, welche für den nachbleibenden Theil durch die Anlagen entstehe, so kann ihre Meinung nur dahin gegangen sein: der nachbleibende Theil werde durch die auszuführenden Anlagen im Verhältniß zu jenem Werthe von Bco. ℔ 10,000. per Morgen soviel an Werth gewinnen, daß dadurch jene Bco. ℔ 20,371. ausgeglichen würden: wie diese ihre Meinung denn auch durch die ihrem Gutachten gegebene Begründung bestätigt wird. Wird nun in dem gegenwärtigen Processe behauptet, die Voraussetzungen der damaligen Sachverständigen habe sich wegen Abweichungen von dem ursprünglichen ihnen zum Grunde gelegten Plane und wegen Nichtvollendung der Anlagen in der von ihnen angenommenen Zeit als eine irrige erwiesen, und kommt es mithin jetzt darauf an, ob die nach diesem veränderten Plane wirklich ausgeführten und noch auszuführenden Anlagen die von den damaligen Sachverständigen angenommene oder

welche andere Wertherhöhung herbeigeführt haben, so muß der Ausgangspunkt für die vergleichende Schätzung derselbe bleiben, wie er bei der ersten Taxation gewesen und im Expropriationsverfahren rechtskräftig festgestellt worden ist: nämlich der Werth vor dem 6. Juni 1844; und zwar schon deshalb, weil dieser Zeitpunkt nach wie vor als der entscheidende für den Werth des expropriirten Theils gelten muß, und bei der Werthschätzung dieses und des nachgebliebenen Theils, nämlich bei der Frage, wie dieser letztere unabhängig von dem Einflusse der Anlagen zu veranschlagen sei, nach der Natur der Sache und dem Wortlaut des § 6 des Expropriationsgesetzes ein und derselbe Zeitpunkt zum Grunde zu legen ist.

Durch diese Entscheidung finden ihre Erledigung

1) Grav. II. der Beklagten, insofern dessen principaler Theil dahin gerichtet ist, daß nicht das Obergericht in der Instruction für die Sachverständigen die leitenden Gesichtspunkte des Niedergerichts beibehalten habe; indem, wie auch die Beklagte anerkennt, dieser Theil der zweiten Beschwerde auf denselben Gründen beruht, wie ihre erste;

O.-A.-Ger.-Acten [4] S. 34.

2) Grav. III. der Beklagten, daß die vom Niedergerichte angeordnete Hinzuziehung eines vierten Sachverständigen vom Obergerichte wieder in Wegfall gebracht sei. — Denn das Niedergericht hat nach seiner eigenen Erklärung den Mäkler Kratzenstein den bisherigen Sachverständigen nur deshalb beigegeben, weil nach deren Erklärung zwei derselben sich erst seit dem Jahre 1842 mit den Werthverhältnissen des Hamburgischen Grundeigenthums beschäftigt haben, und das Obergericht diese Zuordnung nur deshalb für unnöthig erklärt, weil nach seiner in dem Obigen gebilligten Ansicht die Werthverhältnisse bis zum 6. Juni 1844 in der gegenwärtigen Sache völlig irrelevant seien.

Diese Verwerfung der ersten Beschwerde der Beklagten war aber ferner auch

II. von entscheidendem Einfluß auf die Beurtheilung des

ersten Theils der ersten Beschwerde der Kläger, welche sie in ihrer zweiten Beschwerde wiederholen, daß nämlich die Beklagte nicht bereits jetzt zur Bezahlung von Bco. ℔ 20,371. 7 ß nebst Verzugszinsen seit dem 20. Juni 1845, als dem Tage der erfolgten Expropriation, schuldig erkannt sei.

A. Obgleich dieser Antrag in beiden vorigen Instanzen gestellt und verworfen ist, so liegen über dessen Grundlosigkeit duae conformes doch nicht vor. Denn ob derselbe begründet war oder nicht, hing von der Beurtheilung des Gutachtens der Sachverständigen ab. Obgleich nun die beiden vorigen Gerichte darin übereinstimmen, daß das Gutachten noch einer Vervollständigung bedürfe, also nicht schon jetzt den Anspruch der Kläger liquide stelle, so weichen sie doch in dem positiven Decisum, in welcher Maaße dies der Fall sei, von einander ab, und dieser positiven Difformität gegenüber stellt sich die übereinstimmende Nichtberücksichtigung des Antrags, schon jetzt ein liquidum zuzuerkennen, als eine bloß negative Conformität dar, welche die Kläger nicht hindern konnte ihren Antrag in dieser Instanz zu wiederholen.

Juristische Abhandlungen Thl. II. S. 224 ff.

Ueberdies ist durch die in dieser Instanz eingetretene nachträgliche Ergänzung des früheren Gutachtens vom 1. Novbr. 1862 die Basis der Entscheidung nunmehr eine andere geworden.

B. Diese Ergänzung des Gutachtens setzte nunmehr aber auch das O.-A.-Gericht in die Lage, der Beschwerde stattgeben zu können.

1) Es haben nämlich die Sachverständigen über denjenigen Theil ihres früheren Gutachtens, welcher nach Inhalt des Prälocuts noch einer Vervollständigung bedurfte, und zwar über die erste der darin formulirten Fragen sich dahin erklärt:

> daß das Rabe'sche Grundstück bereits in der ersten Hälfte des Jahres 1844 einen Werth von Sp. ℔ 100,000. erreicht hatte, daß aber Angesichts der herannahenden

Crisis der Werth in dem letzten halben Jahre 1844 sich zwar nicht erhöht, indeß auch nicht vermindert habe.
O.-A.-Ger.-Acten [17].

Allerdings entspricht der Wortlaut dieser Erklärung nicht ganz der im Prälocut gestellten Frage, nach welcher es gerade darauf ankam, zu erfahren, welchen Einfluß der Rath- und Bürger-Schluß vom 6. Juni 1844 auf den Werth des klägerischen Landes geübt habe: ein Einfluß, welcher, weil dadurch das letzte der Ausführung des fraglichen Projects entgegenstehende rechtliche Hinderniß beseitigt ward, sehr wohl denkbar erscheinen mußte. Die Sachverständigen erwähnen aber dieses Tages überall nicht, indem sie, wie bemerkt, nur von dem Werthe von Sp. ℔ 100,000. reden, den das Grundstück bereits in der ersten Hälfte des Jahres 1844, in welche auch der 6. Juni fällt, erreicht habe. Indessen läßt die Motivirung dieses Ausspruchs, worin die Sachverständigen es für unmöglich erklären, eine monatsweise eingetretene Werthveränderung zu ermitteln, in Verbindung mit dem Ausspruche selbst, in welchem sie nur zwei größere halbjährige Zeitabschnitte mit einander vergleichen, es als unzweifelhaft erscheinen, daß sie überhaupt eine im Laufe des Jahres 1844 und insbesondere seit dem 6. Juni dieses Jahres eingetretene Wertherhöhung haben verneinen wollen. Auch läßt es sich sehr wohl denken, daß, nachdem die Ausführung des Hammerbrook-Projects in der Hauptsache seit dem Rath- und Bürger-Schlusse vom 1. Sept. 1842 feststand, und in diesem Jahre bereits mit den Entwässerungsarbeiten begonnen war, diejenige Wertherhöhung des dortigen Grundeigenthums, welche eine Folge der allgemeinen durch das Project erregten Erwartungen war, durch den Rath- und Bürger-Schluß vom 6. Juni 1844 zunächst keine weitere Steigerung erfahren hat, da es sich bei diesem nur um die, zumal nach Erlassung des revidirten Expropriationsgesetzes vom 26. April 1844 mit Sicherheit vorauszusehende Beseitigung des nur partiellen Hindernisses handelte, welches in der Weigerung dreier Grundeigenthümer des inneren Hammerbrooks lag, gleich den Uebrigen,

das zu den Anlagen erforderliche Land umsonst herzugeben. Es hat denn auch die Beklagte selber das nachträgliche Gutachten in dem obigen Sinne aufgefaßt. Dagegen rügt es zwar die Beklagte, daß die Sachverständigen in ihrem ersten Gutachten, auf welches sie jetzt Bezug nähmen, den Grund, warum der Werth des klägerischen Landes sich im Jahre 1845 nur auf höchstens Species ℔ 100,000 gestellt habe, darin setzen, daß die Crisis, welche dem schnellen Aufschwunge des Hamburgischen Grundeigenthums gefolgt sei, im Jahre 1845 schon ihren Anfang genommen habe, daß dieser Grund aber ihren jetzigen Ausspruch, daß schon in der letzten Hälfte des Jahres 1844 keine Wertherhöhung des klägerischen Grundstücks mehr eingetreten sei, nicht zu rechtfertigen vermöge. Allein die Sachverständigen motiviren ihren jetzigen präciseren Ausspruch dadurch, daß diese Stagnation der Werthsteigerung „Angesichts der herannahenden Crisis" eingetreten sei, und wollen damit offenbar den erfahrungsmäßig richtigen Satz aussprechen, daß die herannahende Crisis sich bereits in dem lähmenden Einfluß auf die Geschäfte auch in Grundstücken kundgegeben habe, den das Vorgefühl einer solchen Crisis gewöhnlich zu üben pflegt.

Man darf also nach dem nachträglichen Gutachten der Sachverständigen nunmehr annehmen, daß der Rath- und Bürger-Schluß vom 6. Juni 1844 ohne Einfluß auf den Werth des klägerischen Grundstückes bis zum Jahre 1845 geblieben sei.

Nun würde zwar

2) wenn nachgewiesen wäre, daß das den Klägern verbliebene Land durch die seitdem ausgeführten und die noch in Aussicht stehenden Anlagen im Hammerbrook gegenwärtig einen höheren Werth als Species ℔ 100,000 erlangt habe, dies bei der Frage, ob ihrem Erblasser im Jahre 1845 für das expropriirte Land eine völlige oder theilweise Entschädigung geworden sei, allerdings in Betracht kommen, wenngleich nur in dem Maße, daß das interusurium für die ganze Zwischenzeit seit 1845 von dem etwa festgestellten gegen-

wärtigen Mehrwerthe in Abzug zu bringen wäre. Allein es haben die Sachverständigen in ihrem Gutachten vom 1. Nov. 1862 zwar den damaligen Werth des den Klägern verbliebenen Grundstücks zu Species ℔ 200,000 geschätzt, aber zugleich erklärt, daß diese Werthsteigerung nur der allgemeinen Conjunctur im Grundeigenthum und den besonderen Verhältnissen der Gegend, in der das fragliche Grundstück belegen, nicht aber den in Ausführung des Hammerbrook-Projects vorgenommenen Anlagen beizumessen sei, indem diese in der Gegend der fraglichen Ländereien in der Ausführung liegen geblieben seien. Freilich haben die beiden vorigen Gerichte diesen Theil des Gutachtens noch einer Vervollständigung resp näheren Begründung bedürftig erachtet. Allein es mußte dafür erachtet werden, daß es einer solchen, zumal nach der oben sub 1. auf Grund des nachträglichen Gutachtens angenommenen Basis, nicht weiter bedürfe, namentlich nicht in der Richtung, welchen Einfluß auf die seit dem 6. Juni 1844 bis jetzt eingetretene Wertherhöhung die Aussicht auf die noch künftig auszuführenden Anlagen geübt habe.

Denn die Aufgabe der Sachverständigen konnte nach der Natur der Sache und dem Wortlaute der ihnen vom Niedergerichte gemachten Auflage nicht sein, sich den Zeitpunkt der künftigen Vollendung der Anlagen zu vergegenwärtigen, den dann präsumtiv eintretenden Werth des klägerischen Grundstücks zu schätzen und durch Abzug des Interusuriums den gegenwärtigen Werth zu ermitteln: ein Verfahren, welches schon deshalb unmöglich war, weil nach der eigenen Erklärung der Beklagten der Zeitpunkt der Vollendung der ganzen Anlage noch ganz ungewiß ist. Vielmehr hatten die Sachverständigen sich lediglich die Frage vorzulegen, welcher höhere Kaufpreis für das Grundstück der Kläger mit Rücksicht auf die bereits vollendeten und noch auszuführenden Anlagen gegenwärtig zu erzielen sei im Vergleich mit dem für den Zeitpunkt unmittelbar vor dem 6. Juni 1844 von ihnen angegebenen. Dies ist denn auch der Sache nach der Standpunkt, von welchem aus die Sachverständigen ver-

fahren sind. Sie haben zunächst den allgemeinen werthsteigernden Einfluß des Hammerbrook-Projects und der Uebernahme der Ausführung desselben durch den Staat auf das Grundeigenthum dieser Gegend keineswegs übersehen, aber sie sind nach dem Obigen der Ansicht, daß dieser Einfluß namentlich auf das klägerische Grundstück bereits vor dem 6. Juni 1844 sich geltend gemacht und nur der bald darauf eingetretenen schlechten Conjunctur es beizumessen, daß diese Werthsteigerung nicht weiter fortgeschritten sei. Dagegen leugnen sie aus den von ihnen näher angegebenen Gründen, daß auch nach dem Jahre 1845 (jetzt nach dem 6. Juni 1844) das Hammerbrook-Project überhaupt einen weiteren werthsteigernden Einfluß auf das gedachte Grundstück geübt habe, indem ihr Gutachten nur dahin aufgefaßt werden kann, daß die Arbeiten, welche noch weiter ausgeführt werden sollen, solchen Einfluß nur in den Gegenden gehabt haben, wo, was in der Gegend des klägerischen Grundstücks nicht der Fall, bereits mit den Arbeiten begonnen und deren baldige Vollendung gesichert erscheine. Die Sachverständigen stellen also, indem sie einen wertherhöhenden Einfluß der „bis jetzt ausgeführten Anlagen" verneinen, damit zugleich in Abrede, daß die Hoffnung auf die noch auszuführenden den Verkaufswerth des klägerischen Grundstücks seit 1844 erhöht habe.

War aus diesen Gründen der ersten Beschwerde der Kläger in ihrem ersten Theile statt zu geben, so erledigte sich dadurch

a) die dritte Beschwerde der Kläger, insofern sie in ihrem zweiten Theile event. eine Vervollständigung des Gutachtens der Sachverständigen beantragen,

b) die vierte Beschwerde der Kläger, insoweit sie darin bei der Beurtheilung, ob ihnen für das expropriirte Land ein Aequivalent zu Theil geworden, die Berücksichtigung der Verzugszinsen verlangen,

c) die zweite Beschwerde der Beklagten, welche die vom Obergerichte für die Sachverständigen formulirte erste Frage beanstandet;

und es erübrigt, so viel die jetzt fragliche Beschwerde der Kläger betrifft, nur noch

C. der Zinsenpunkt.

Daß den Klägern der ihnen zukommende Entschädigungsbetrag von Species ℛ 20,371. 7 ß nebst Verzugszinsen zuzuerkennen ist, versteht sich von selbst. In Beziehung auf den Zinsfuß haben die Kläger in der jetzt fraglichen Beziehung weder in ihrer gegenwärtigen Beschwerde noch auch in den vorigen Instanzen einen Antrag gestellt, sondern sich darauf beschränkt, überhaupt Verzugszinsen zu fordern. Dagegen verlangen sie in ihrer eben erwähnten vierten Beschwerde eine Berücksichtigung der Verzugszinsen zu sechs Procent, was in dieser Allgemeinheit unbegründet ist. Vielmehr war in Betreff der Zinsen so wie im Urtheile geschehen zu erkennen, und zwar ohne Beschränkung auf das alterum tantum, da ein solches seit dem 20. Juni 1845 bis zur Anstellung der gegenwärtigen Klage (5. Juli 1858) noch nicht eingetreten war, die von da ab eintretenden Proceßzinsen aber nach der vom O.-A.-Gerichte in neuerer Zeit befolgten Praxis einer solchen Beschränkung nicht unterliegen, indem diese nur insoweit anzuwenden ist, als der Gläubiger die Zinsen über das alterum tantum hat anschwellen lassen, ohne die erforderlichen gerichtlichen oder denselben rechtlich gleichstehenden Schritte zu thun, um zur Bezahlung der Zinsen zu gelangen.

Pufendorf Observ. jur. univ. T. 14. obs. 1. § 6.
Struben rechtliche Bedenken. Thl. I. Bed. 123.
Kind quaest. for. T. IV. Cap. 47. p. 259.
Pfeiffer rechtliche Ausführungen. Bd. 7. S. 42.

III. Wenn die Kläger im zweiten und dritten Theile ihres Grav. I. sich darüber beschweren, daß nicht

1) die Beklagte hinsichtlich des Schadens, welcher durch die Erhöhung der Straßen und des Wasserstandes in den Canälen für das übrig gebliebene Areal entstanden sei, für schadenspflichtig erklärt und den Klägern die Stellung weiterer Anträge behufs Liquidation dieses Schadens injungirt sei, und

2) daß nicht die Beklagte zur Ausführung der projectirten Wegeanlagen binnen einer gerichtsseitig zu bestimmenden der Sachlage angemessenen Frist verpflichtet worden, und den Klägern für den Fall des Ungehorsams der Beklagten ihre weiteren nach Ablauf dieser Frist zu stellenden Anträge reservirt seien:

so waren diese Beschwerden schon aus dem processualischen Grunde nicht zu beachten, weil sie über die in zweiter Instanz von den Klägern aufgestellte Beschwerde weit hinausgehen. Denn dort hatten sie sich nur darüber beschwert:

daß ihnen nicht alle ihre Gerechtsame sowohl hinsichtlich der durch Erhöhung der Straßen und des Wasserstandes in den Canälen herbeigeführten Werthverminderung ihres Grundstücks, als auch hinsichtlich ihrer Ansprüche auf Ausführung der projectirten Wegeanlagen im weitesten Umfange vorbehalten seien.

Sie können sich also nicht über die Verwerfung von Anträgen beschweren, welche sie gar nicht gestellt hatten.

Es fragt sich daher schließlich nur

IV. ob nicht dem zweiten Theile des Grav. II. der Kläger, welcher der eben mitgetheilten beim Obergerichte aufgestellten Beschwerde durchaus entspricht, statt zu geben sei.

Das Obergericht hat im Decis. III. 1 ausgesprochen, daß im vorliegenden Processe ausschließlich über die Entschädigung zu entscheiden sei, welche den Klägern für das expropriirte Areal unter den dort näher bezeichneten Voraussetzungen gebühre, und damit alle weiter gehenden Entschädigungsansprüche ad separatum verwiesen; die Kläger aber bezwecken mit der gedachten Beschwerde, daß ihnen vorbehalten werde, derartige Entschädigungsansprüche noch im gegenwärtigen Processe unter Benutzung des bereits in den Acten liegenden Materials weiter zu verfolgen. Und dieser Beschwerde mußte auch insoweit, als es im Urtheile geschehen, entsprochen werden.

A. Nach § 6 des Expropriationsgesetzes vom 26. April 1844 ist dem Eigenthümer nicht allein der volle Werth des

abzutretenden Grundstücks, sondern auch der Schaden zu ersetzen, welcher ihm bei theilweiser Abtretung in Beziehung auf etwaige Werthminderung des nachbleibenden Theils erwächst. Wenn nun auch im Expropriationsverfahren der Erblasser der Kläger einen Anspruch auf derartigen Schadensersatz nicht erhoben hat, so beruhte dies doch offenbar nur darauf, daß er annahm, die auszuführende Anlage werde, wenn auch keinen Ersatz für den Werth des expropriirten Theiles gewähren, doch wenigstens eine Werthverminderung des nachbleibenden Theiles ausschließen. Von dieser Voraussetzung sind auch die Sachverständigen im Expropriationsverfahren ausgegangen, indem sie erklärten: daß sie keine Rücksicht nähmen auf „die durch Trennung der dem Expropriaten verbleibenden Parcelen möglicher Weise entspringenden Nachtheile," da „gerade durch diese Trennung" (d. h. durch die zwischen den verschiedenen getrennten Theilen herzustellenden Canäle und öffentlichen Straßen) die von ihnen angenommene Wertherhöhung eintrete. Wenn nun diese Voraussetzung — wie von den Klägern behauptet wird — deshalb sich nicht bewahrheitet hat, weil die projectirte Anlage theils gar nicht, theils abweichend von dem zur Zeit der Expropriation gehegten Project zur Ausführung gekommen, so kann der Eigenthümer mit demselben Rechte, mit dem er den Ersatz des Werthes des expropriirten Landes fordert, auch Ersatz für den durch die Expropriation und Anlage herbeigeführten Minderwerth des nachgebliebenen Areals beanspruchen; und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese beiden, auf demselben Fundamente beruhenden und im nächsten Zusammenhange mit einander stehenden Ansprüche nicht in demselben Processe verfolgt werden könnten; wie denn auch die Beklagte selbst noch in gegenwärtiger Instanz anerkennt, daß die Frage: ob die Restländereien in Folge der modificirten Entwässerungsanlagen jetzt weniger werth sind als vor der Expropriation, und wie hoch eventualiter sich dieser Minderwerth beläuft, consequenter und zweckmäßiger Weise in dem gegenwärtigen Verfahren zur Erledigung zu bringen sei.

B. Die processualische Sachlage steht der Möglichkeit, daß dies geschehe, nicht entgegen (was näher ausgeführt ist).

C. Mußte hiernach dem zweiten Theile des klägerischen Grav. II. in der Hauptsache entsprochen werden, so hatte sich doch der Vorbehalt auf die Entschädigungsansprüche der Kläger wegen Werthminderung des zurückgebliebenen Theils des fraglichen Grundeigenthums zu beschränken. Ansprüche auf Ausführung der Wegeanlage beziehungsweise auf Entschädigung wegen der von den projectirten Anlagen erwarteten, aber nicht eingetretenen Vortheile konnten — abgesehen von ihrer offensichtlichen Grundlosigkeit — den Klägern zur Ausführung im gegenwärtigen Processe schon deshalb nicht reservirt werden, weil solche Ansprüche in der Klage gar nicht geltend gemacht sind.

Lübeck. 90.

C. Chr. H. Stapelfeldt als curator funeris et hereditatis der weiland Wittwe **Anna Catharina Rosina Wigger** geb. Burmester zu Lübeck, Kläger, wider **J. Fr. G. L. Pfeiffer** als Testamentsvollstrecker des weiland **Heinrich Wigger** daselbst, Beklagten, wegen Forderung.

---

1) Auslegung einer letztwilligen Verfügung.

2) Behauptet der Gläubiger, daß ein bei zeitiger Erfüllung zu machender Vermögenserwerb — mag dieser sich der Sache nach als Abwendung eines Schadens oder als Gewinn darstellen — ihm durch den Verzug des Schuldners entgangen sei, so genügt zur Herstellung des Causalzusammenhanges der Nachweis, daß es bei zeitiger Erfüllung nur von dem Willen und einer gewöhnlichen Thätigkeit des Gläubigers abgehangen habe, den Vermögenserwerb zu machen.

3) Ist Jemand für den Fall des Mangels eigner Mittel ermächtigt worden, seine Bedürfnisse aus einer fremden Ver-

mögensmasse zu bestreiten, und es handelt sich später um Deckung der von ihm, bei vorenthaltener Verfügung über die fremde Vermögensmasse, contrahirten Schulden, so gehört zur Begründung dieses Anspruchs freilich der Beweis, daß der so Ermächtigte keine eignen Mittel gehabt, und daß er die Schulden contrahirt habe, wogegen die Behauptung, das aufgenommene Geld sei zu Freigebigkeiten für Andere verwendet worden, zum indirecten Gegenbeweis gehören würde.

Rechtsfall. Der im Frühjahr 1860 kinderlos verstorbene Gastwirth Heinr. Wigger zu Lübeck hatte im October 1859 ein Testament errichtet, worin er theils eigne Seitenverwandte, theils Seitenverwandte seiner Frau zu Universalerben einsetzte, den jetzigen Beklagten zum Testamentsexecutor ernannte und im § 4 bestimmte:

„Auf daß meine geliebte Ehefrau, Anna &c., Zeit ihres Lebens nicht Mangel leidet, vermache ich derselben, statt eines statutarischen Antheils an der Erbschaft, den ungeschmälerten Nießbrauch meines gesammtes Nachlasses bis an ihr Lebensende; doch soll sie von dem bis zur Höhe von 30,000 ℳ belegten Capital nur die Zinsen genießen. Ueber die Summe, welche diesen Betrag übersteigt, kann sie jedoch frei verfügen und selbst das Capital zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse verwenden.

Sollte sie sich wieder verheirathen, so sind von dem ihr nachgelassenen Capital sofort 20,000 ℳ an die von mir in § 7 des Testaments berufenen Erben auszuzahlen, der Rest meines Vermögens verbleibt ihr alsdann als freies Eigenthum."

Der Testamentsexecutor nahm die Obligationen über den gesammten Capitalnachlaß an sich, und weigerte sich, der Wittwe Wigger, wie diese verlangte, die Documente über den die Summe von 30,000 ℳ übersteigenden Theil des Vermögens auszuhändigen. Die Wittwe klagte und erlangte ein Niedergerichts-Erkenntniß vom 8. Decbr. 1860, welches im Wesentlichen ihrem Antrage entsprach, ihr jedoch auflegte, für die demnächstige Rücklieferung der bei ihrem Ableben noch vor-

handenen Capitalien Sicherheit zu leisten. Nachdem diese Entscheidung rechtskräftig geworden war, wurde zunächst außergerichtlich versucht, die Sache zu ordnen, wobei die Wittwe Wigger sich geweigert haben soll, sich die Beschränkungen des Erkenntnisses gefallen zu lassen. Die Verhandlungen blieben erfolglos und die Wittwe ließ am 24. September 1861 den Testamentsexecutor notariell an die Befolgung des Urtheils mahnen, indem sie sich erbot, die ihr auferlegte Caution durch Bürgschaft ihres Geschlechtscurators zu bestellen. Es folgte kurz darauf ein dem entsprechender Antrag bei Gericht und ein sich daran knüpfendes Paritionsverfahren, worin der Testamentsexecutor gegen die angebotene Caution formelle Ausstellungen machte, insbesondere aber auch Sicherheit in der Richtung verlangte, daß die Wittwe die ihr überlassenen Capitalien nur zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse verwende und nicht etwa schenkungsweise weggebe. Ehe es zu einem Erkenntniß über diese Verhandlungen kam, starb die Wittwe Wigger am 5. Januar 1862. Ihr Nachlaßcurator (der jetzige Kläger) reassumirte den Proceß des Kostenpunktes wegen, und erlangte unter dem 15. Februar 1862 die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten des Paritionsverfahrens, indem das Niedergericht ausführte, daß die angebotene Caution genügend gewesen sei, die Wittwe Wigger daher das Erforderliche gethan gehabt habe, um die Vollziehung des Erkenntnisses vom 8. Decbr. 1860 verlangen zu können.

Im Juli 1862 begann der jetzt in Frage stehende neue Proceß. Der Nachlaßcurator der Wittwe Wigger verlangte klagend, daß die von der letzteren während ihres Wittwenstandes contrahirten Schulden (eine auf zwei Hypothekwechsel aufgenommene Darlehnsschuld von 1000 ℳ und verschiedene bis zum Tode der Wittwe unberichtigt gebliebene Rechnungen im Betrage von 506 ℳ 11 ß), sowie die auf 567 ℳ 6 ß berechneten Kosten für ihre Beerdigung und die Regulirung ihres Nachlasses aus der Erbmasse ihres Ehemannes erstattet würden. Zur Begründung dieses Antrags wurde geltend gemacht, der beklagte Testamentsexecutor habe dem § 4 des

Testamentes zuwider die Wittwe Wigger darben lassen, indem er ihr die Capitalien, zu deren Ueberweisung er verurtheilt worden, vorenthalten habe, wodurch sie zur Contrahirung der bemerkten Schulden und der Kläger zur vorschußweisen Berichtigung der Beerdigungs- und Nachlaßregulirungskosten genöthigt worden sei.

Der Beklagte behauptete, der Wittwe Wigger hätten in ihrer Zinsen-Einnahme und ihrem an sie ausgekehrten Eingebrachten (600 ℔) genügende Mittel zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse zu Gebote gestanden; auch sei ihr Mobiliar-Nachlaß 700 - 800 ℔ werth gewesen. Der Anspruch des Klägers würde überdies nur haltbar sein, wenn die Wittwe selbst noch über die fraglichen Capitalien eine Verfügung getroffen hätte, was nicht geschehen sei. Eventuell falle dem Beklagten nach dem Verlauf des Vorprocesses keine mora zur Last. Auf die erst nach dem Tode der Wittwe nöthig gewordenen Ausgaben könne sich das Verwendungsrecht in keinem Fall erstrecken. Daneben wurde die Darlehnsschuld von 1000 ℔ als simulirt bestritten, und wurden gegen verschiedene andere Rechnungsposten Erinnerungen gemacht.

1) Niedergerichts-Erkenntniß
vom 3. Januar 1863.

Durch die im Vorproceß ergangenen, auch für die jetzigen Parteien maßgebenden Erkenntnisse vom 8. December 1860 und 15. Februar 1862 sei die rechtswidrige Versäumniß des Beklagten in Erfüllung des im § 4 des Testamentes angeordneten Vermächtnisses festgestellt. Habe die Wittwe Wigger zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse Schulden contrahirt und damit ihr Vermögen vermindert, so sei dieser Schaden vom Beklagten zu ersetzen. Bei den weitgehenden Befugnissen, welche Heinr. Wigger seiner Ehefrau eingeräumt habe, dürfe angenommen werden, daß er auch die Bestreitung ihrer Beerdigungskosten aus den ihr zugewandten Capitalien habe verfügen und nur die Rücklieferung der dann noch verbleibenden Summen an seine Erben anordnen wollen. Die Erstattungspflicht sei freilich nur eine subsidiäre, weshalb der

Kläger zu beweisen habe, daß in dem Nachlaß der Wittwe außer ihrem eigenen sonstigen Vermögen keine baaren Mittel vorhanden gewesen; indessen sei dieser Nachweis durch das (mit der Replik) producirte, äußerlich vorwurfsfreie Inventarium bis zum Gegenbeweise für geliefert zu achten. Hinsichtlich des Darlehns von 1000 ℔ habe der Kläger die Echtheit der darüber beigebrachten Hypothekwechsel zu erweisen, wogegen dem Beklagten der Beweis seiner Einrede, daß die Valuta nicht gezahlt sei, nachzulassen sei. (Es folgt eine Beurtheilung der übrigen beanstandeten Rechnungsposten.)

Hiernach wurde dem Kläger die Beibringung einer specificirten Abrechnung nebst Belegen über einen Theil der Beerdigungskosten aufgegeben, daneben aber dem Kläger der Beweis der Echtheit der erwähnten Hypothekwechsel und der Richtigkeit einer von der Wittwe Wigger gemachten Ausgabe (Honorar für ein Gutachten), dem Beklagten der Beweis, daß im Nachlasse der Wittwe baares Geld und wie viel vorhanden gewesen, auferlegt, und dem Beklagten eventuell der Beweis der Einrede der nicht gezahlten Valuta vorbehalten.

Das auf Appellation des Beklagten von der Juristenfacultät zu Erlangen abgefaßte

2) Obergerichts-Erkenntniß
vom 30. Juli 1863

wies die erhobene Klage angebrachter Maßen ab, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten erster Instanz. Die Gründe gingen dahin. Allerdings sei eine Interessenklage, obwohl durch den Tod der Wittwe Wigger die Erfüllung des Vermächtnisses selbst unmöglich geworden, für zuläßig zu halten. Es handle sich aber hier, da die durch Contrahirung der fraglichen Schulden dem Vermögen der Wittwe erwachsene Last im Zweifel durch den Werth des dafür erworbenen Aequivalents aufgewogen worden sei, nur um ein lucrum cessans, die unterbliebene Tilgung der Schulden aus dem Vermögen des Mannes. Nun habe freilich der säumige Schuldner auch ein lucrum cessans zu ersetzen, und bei Unter-

suchung der Causalität sei davon auszugehen, daß der Beschädigte denjenigen Gewinn gemacht haben würde, welchen jeder diligens homo durch seine Thätigkeit zu erzielen pflege. Allein die Präsumtion, daß die Verstorbene auf Ersparungen und Erübrigungen bedacht gewesen sein werde, reiche nicht aus, um die Annahme zu rechtfertigen, daß sie gerade den in Rede stehenden Gewinn gemacht haben würde. Denn dieses lucrum sei kein solches, welches jeder gute Hausvater erstrebt haben würde. Die fraglichen Capitalien seien der Wittwe nicht deshalb zur Verfügung gestellt gewesen, um damit ihr eignes Vermögen zu verbessern, sondern um ihre Bedürfnisse zu bestreiten, wenn es ihr an eignen Mitteln fehle. Das Recht, die Capitalien zu Erübrigungen zu verwenden, unterliege hiernach mindestens gewissen Bedenken und habe nicht die ausgesprochene Intention des Testators für sich. Schon das genüge aber, um die Vermuthung auszuschließen, daß die Wittwe bei zeitiger Auslieferung der Capitalien die zur Erlangung eines dauernden Gewinnes für ihr Vermögen erforderlichen Verfügungen getroffen haben würde. Thatsächliche Anhaltspunkte, aus denen hervorginge, daß die Wittwe wirklich solche Verfügungen beabsichtigt habe und nur durch die mora des Beklagten daran verhindert worden sei, seien vom Kläger nicht aufgestellt; aus seiner Darstellung lasse sich nicht mehr, als die bloße Möglichkeit jenes Gewinnes folgern. Unter diesen Umständen brauche die Frage nicht erörtert zu werden, ob das Verschulden des Beklagten schon durch die früheren Erkenntnisse festgestellt sei.

3) Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 30. November 1865.

(Auf Appellation des Klägers und Adhäsion des Beklagten.)

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion des Beklagten für zulässig zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichtes der freien Hansestadt Lübeck vom 30. Juli 1863 wieder aufzuheben, und

I. die erhobene Klage, soweit sie die Erstattung der auf die Regulirung des Nachlasses der Wittwe Wigger aufgewendeten Kosten betrifft, gänzlich abzuweisen;

II. im Uebrigen aber der Kläger binnen einer vom Stadt- und Landgericht vorzuberaumenden Frist zu beweisen schuldig sei:

daß bei dem Tode der Wittwe Wigger, abgesehen von den als Eingebrachtes an sie ausgekehrten 600 ℔, in ihrem Nachlasse kein baares Geld oder wieviel weniger, als ihre Schulden und die für ihre Beerdigung erforderlichen Kosten betragen haben, vorhanden gewesen;

und daneben ferner zu beweisen habe,

1) hinsichtlich der Wechselschuld von 1000 ℔ nebst Zinsen, daß die in Anl. 5 zur Klage beigebrachten Hypothekwechsel von der Wittwe Wigger eigenhändig unterzeichnet seien, dieselbe auch die Valuta dieser Wechsel empfangen habe;

2) hinsichtlich des in der Klagbeilage 4 vorkommenden Ansatzes für ein Gutachten des Bürgermeisters Bürger in Boitzenburg,

daß dieses Gutachten von der Wittwe Wigger schon bei ihren Lebzeiten erbeten und mit 25 ℔ honorirt oder mit dieser Summe annoch zu honoriren sei;

3) hinsichtlich des 13ten Postens der Klagbeilage 7 eine specificirte Abrechnung nebst Belegen über die gelegentlich des Begräbnisses der Wittwe Wigger an die Wittwe Steinhagen und Burmester für Wein, Brot u. s. w. gezahlten 110 ℔ 2 ß beizubringen habe;

III. dem Beklagten gegen die vorstehenden Beweise des Klägers überall der Gegenbeweis, und gegen die Abrechnung sub 3 die Stellung von Monituren vorbehalten bleibe.

Entscheidungsgründe.

A. Der Kläger verlangt in seiner alleinigen Beschwerde jetziger Instanz die Aufhebung der die angestellte Klage angebrachtermaßen abweisenden Entscheidung des Ober-

gerichts und Wiederherstellung des niedergerichtlichen Erkenntnisses, welches die Klage zugelassen und auf Grund derselben mehrere Beweise normirt hatte.

Während beide vorige Instanzen darin übereinstimmen, daß die Klage als eine auf Entschädigung wegen verzögerter Erfüllung eines Vermächtnisses gerichtete actio ex testamento aufzufassen sei, auch der Inhalt der in Frage stehenden testamentarischen Verfügung außer Streit ist, beruht die Verschiedenheit der vorigen Entscheidungen darauf, daß das Niedergericht einen durch den Verzug des Beklagten gestifteten Schaden für thatsächlich hinreichend begründet und zum Theil nur noch des Beweises bedürftig erachtet hat, während die sent. a qua die Klage in dieser Hinsicht als nicht gehörig substantiirt ansieht. Bei der Prüfung dieses Punktes sind die dreierlei Ansprüche, welche die Klage umfaßt, zu unterscheiden, nämlich auf Erstattung mehrerer von der Wittwe Wigger selbst bei ihren Lebzeiten contrahirter Schulden, dann auf Erstattung der vom jetzigen Kläger auf die Beerdigung der Wittwe gemachten Auslagen, endlich auf Erstattung der durch die Regulirung ihres Nachlasses veranlaßten Kosten. Was

I. den ersten dieser Ansprüche betrifft, so stützt sich die Klage darauf, daß die Wittwe Wigger durch die bis zu ihrem Tode verzögerte Auslieferung der im Testament ihres Mannes zu ihrer Verfügung gestellten Capitalien verhindert worden sei, diese Capitalien zur Bestreitnng ihrer Bedürfnisse zu verwenden, und sie dadurch zur Contrahirung der fraglichen Schulden genöthigt worden sei.

Die sententia a qua geht bei Motivirung ihrer alle drei Ansprüche verwerfenden Entscheidung davon aus: es handle sich hier lediglich um Erstattung eines lucrum cessans, ein solcher Anspruch sei nun zwar hinsichtlich des Causalzusammenhanges gerechtfertigt, wenn ein Gewinn in Frage stehe, dessen Erlangung nur von dem Willen und einer gewöhnlichen Thätigkeit des Beschädigten abgehangen habe, welchen eben deshalb jeder diligens homo zu erzielen pflege; allein,

wenn auch anzunehmen sei, daß die Verstorbene auf Ersparungen und Erübrigungen möglichst bedacht gewesen sein werde, so seien ihr doch die fraglichen Capitalien nicht zur Verfügung gestellt worden, um durch Verwendung derselben ihr eignes Vermögen zu verbessern, sondern um damit ihre Bedürfnisse zu bestreiten, und mindestens sei der genauere Umfang dieses Verwendungsrechtes ein zweifelhafter, weshalb sich ohne bestimmte thatsächliche Anhaltspunkte, an deren Angabe es fehle, nicht annehmen lasse, daß die Verstorbene, wären ihr die Capitalien bei Lebzeiten ausgeliefert worden, die erforderlichen Dispositionen getroffen haben würde. Es brauchte jedoch auf die Frage, ob der hier geltend gemachte Verlust in einem positiven Schaden oder einem lucrum cessans bestehe, nicht eingegangen zu werden, da auch für den letzteren Fall die Voraussetzungen der Erstattungspflicht vorliegen. Zunächst

1) kommt es darauf an, ob die Wittwe Wigger wirklich befugt gewesen sei, die Capitalien zur Tilgung der hier fraglichen Schulden zu verwenden. Der Bejahung dieser Frage steht unter der Voraussetzung, daß die Contrahirung der Schulden zur Bestreitung von Bedürfnissen der Wittwe Wigger geschah, der ausdrückliche Inhalt der testamentarischen Bestimmung zur Seite, und nur zweierlei könnte dabei zu einem Zweifel Anlaß geben: inwiefern die ertheilte Ermächtigung als eine subsidiäre anzusehen, und ob zur Vollständigkeit der Klage eine Specification aller einzelnen Ausgabeposten, welche mittelst der contrahirten Schulden bestritten worden sind, erforderlich gewesen wäre.

a) Was den ersten Punkt betrifft, so darf nach Fassung und Zweck der testamentarischen Bestimmung die Befugniß der Wittwe insofern nur als eine subsidiarische anerkannt werden, als sie zur Verwendung von Capitalien erst schreiten sollte, wenn ihr aus ihrem eignen Vermögen keine bereiten Geldmittel zu Gebote ständen; wie dies denn im Verhältniß zu der ihr aus dem Nießbrauch zustehenden Zinseneinnahme, die ja zum eignen Vermögen der Wittwe gehörte, durch die

Worte „und selbst das Capital" u. s. w. deutlich genug angedeutet ist. Andererseits lag es aber sicher nicht in der Absicht des Testators, daß seine Wittwe in Ermanglung baarer Mittel erst ihre eignen Sachen versetzen oder veräußern, oder die Substanz ihres Eingebrachten — dessen geringer Betrag dem Testator bewußt war — consumiren müsse, ehe sie die ihr zur Verfügung gestellten Capitalien angreifen dürfe. Man muß erwägen, daß die Wittwe ohne das Testament die Hälfte des gesammten Vermögens als Statutarportion in Anspruch zu nehmen hatte, und die Disposition in § 4 des Testamentes an deren Stelle treten sollte. Der Ehemann wollte sie offenbar nicht nachtheiliger, sondern günstiger stellen. Denn für den Fall der Wiederverheirathung hinterließ er ihr ohne Einschränkung einen der Statutarportion sehr nahe kommenden Betrag, und während des Wittwenstandes verschaffte er ihr den wichtigen Vortheil, den Abwurf des ganzen Vermögens zu beziehen. Daneben aber bedachte er unverkennbar die Möglichkeit, daß die Zinseneinnahme in einzelnen Fällen nicht ausreichen könne, und wollte ihr annähernd auch den Vortheil, den sie bei Erwerb der Statutarportion gehabt hätte, gewähren, nämlich nöthigenfalls über Capitalvermögen verfügen zu können. Unter diesen Umständen leidet es keinen Zweifel, daß der Testator eine Lage der Wittwe, in welcher sie zur Verpfändung oder Veräußerung ihres — nach der günstigsten Angabe nur 700—800 ℳ werthen — Mobiliars hätte schreiten oder ihr in 600 ℳ bestehendes Eingebrachtes angreifen müssen, um ihre Bedürfnisse zu bestreiten, als einen Nothstand angesehen habe, welchem er eben durch das eingeräumte Verfügungsrecht über Capitalien abhelfen wollte. Es kommt hinzu, daß der Beklagte in der Vernehmlassung des Vorprocesses sich ausdrücklich bereit erklärt hat, der Klägerin, sobald sie behaupte, daß die ihr zustehenden Zinsen zur Bestreitung ihrer Lebensbedürfnisse nicht genügten, die von ihr gewünschten Summen von dem fraglichen Capitalvermögen auszuhändigen. Der Beklagte hat also selbst deutlich anerkannt, daß die Wittwe Wigger in Ermanglung der

ihr durch den Zinsenbezug gewährten baaren Geldmittel berechtigt sei, die Verwendung des fraglichen Capitalvermögens zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse zu verlangen.

b) Die andere Frage, ob es einer specificirten Angabe aller betreffenden Ausgaben bedurft hätte, ist, da die in Anlage 4 aufgeführten Schuldposten hinreichend specificirt sind, nur hinsichtlich der contrahirten Wechselschuld von 1000 ℔ von Bedeutung. Sie war aber zu verneinen. Schon nach den oben hinsichtlich des Zwecks der letztwilligen Anordnung hervorgehobenen Momenten wäre es nicht wahrscheinlich, daß der Testator das fragliche Verfügungsrecht seiner Wittwe von dem ihr obliegenden Beweise eines objectiv vorhandenen Bedürfnisses hätte abhängig machen wollen. Erwägt man aber, daß er nicht etwa eine jedesmalige Verhandlung mit dem Testamentsexecutor vorschrieb, sondern der Wittwe selbst „die freie Verfügung" über die betreffenden Capitalien überließ, so kann man um so weniger zweifeln, daß es im Sinne des Testators nur darauf ankommen sollte, ob eine für ihre Person bestimmte Ausgabe von ihr selbst als zu ihren Bedürfnissen gehörig angesehen wurde. Diese Auffassung der letztwilligen Anordnung ist auch im Vorproceß bereits zu entscheidender Anerkennung gelangt; theils durch die oben hervorgehobene Erklärung des Beklagten, wo das Recht zur Capitalverwendung eingeräumt wird, sobald die Wittwe nur behaupte, daß ihre Zinseneinnahme für ihre Lebensbedürfnisse nicht genüge; theils durch das rechtskräftig gewordene Niedergerichtserkenntniß vom 8. December 1860, indem dasselbe die eingeräumte „freie Verfügung" dahin auslegt, der Testator habe der Wittwe eine lediglich durch ihre eigne Discretion beschränkte Dispositionsbefugniß verleihen wollen, und wesentlich mit auf dieses Verständniß des letzten Willens die Entscheidung stützt, daß die Wittwe berechtigt sei, die Auslieferung der betreffenden Werthpapiere zu verlangen. Geht man aber hievon aus, so kann es auch jetzt gar nicht darauf ankommen, eine Justification der einzelnen Ausgaben herbeizuführen, sondern nur darauf, daß die obige Summe von

1000 ℳ zu Zwecken verwendet worden sei, welche die Wittwe Wigger selbst als in ihren Bedürfnissen liegend angesehen habe. Dieses letztere aber ist in genügender Weise behauptet worden, indem es in der Klage heißt, der Beklagte habe die Wittwe darben lassen, sie sei genöthigt gewesen, bei ihren Verwandten Unterstützung zu suchen und Geld anzuleihen, sie habe die fraglichen Schulden zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse machen müssen.

2) Geht man von der dargelegten Auslegung der letztwilligen Verfügung aus, so muß allerdings, damit der Kläger mit seinem Anspruch durchdringe, constatirt werden, daß der Wittwe Wigger zur Deckung der contrahirten Schulden anderweite Geldmittel (von ihrem Eingebrachten abgesehen) nicht zu Gebote standen. Unter dieser Voraussetzung aber darf wohl gesagt werden, daß eben in der Contrahirung der Schulden selbst der Wille der Wittwe Wigger, die ihr testamentarisch zur Verfügung gestellten Capitalien zur Bezahlung der Schulden zu verwenden, hinreichend kundgegeben worden sei. Denn erwägt man, daß sie mit Rücksicht auf das Vermächtniß unzweifelhaft berechtigt war, minder sparsam zu leben, als sie es außerdem hätte thun müssen, so läßt sich kaum anders annehmen, als daß sie nur in der Rechnung auf jene testamentarische Ermächtigung zur Contrahirung von Schulden gelangt sei, die mit eignen Geldmitteln nicht zu bestreiten waren.

Wollte man aber diesen Gesichtspunkt, bei welchem es auf die weiteren Voraussetzungen einer Entschädigungsklage nicht ankäme, nicht unbedenklich finden, so läßt sich doch

3) darüber, daß die Wittwe Wigger, wären ihr die Capitalien ausgeliefert worden, dieselben zur Deckung der fraglichen Beträge verwendet und damit die Belastung ihres Vermögens vermieden haben würde, nicht der mindeste Zweifel erheben. Hing es in Ermanglung baarer Geldmittel zur Bestreitung dessen, was ihr als Bedürfniß erschien, nur von ihr ab, die erforderliche Summe aus dem zu ihrer Disposition stehenden Capitalbestand zu entnehmen, gleichsam nur zuzugreifen, so handelte sie, hiervon Gebrauch machend, nur

wie es von jedem diligens homo in gleichem Falle zu
muthen ist. Ob der Wittwe Wigger zugleich die indi-
uelle Neigung zur Benutzung der ihr dargebotenen Gele-
heit zugeschrieben werden könne, das kommt natürlich nicht
Betracht. Auch daran würde sich aber nicht zweifeln lassen,
sie durch die Anstellung des Vorprocesses und mehrfache
ißerungen in demselben hinreichend bekundet hat, wie ent-
ebenen Werth sie auf die Auslieferung der fraglichen
ligationen legte, um über deren Beträge in ihrem Inter-
völlig frei verfügen zu können.

4) Durch das Bisherige beseitigt sich der Einwand des
klagten, daß zur Begründung des klägerischen Anspruchs
e wirkliche Verfügung der Wittwe Wigger über die
zu Gebote gestellten Capitalien gehört hätte. Nur inso-
n könnte dieser Einwand einen Schein von Erheblichkeit
en, als damit die Behauptung verbunden worden ist, die
ttwe Wigger sei durch die verzögerte Auslieferung der
rthpapiere gar nicht verhindert gewesen, eine entsprechende
rfügung zu treffen, indem sie über diejenigen Obligationen,
lche der Beklagte ihr als eventuell auszuliefernde bereits
zeichnet gehabt habe, Cessionsacte oder andere Urkunden hätte
sstellen können.

Allein diese Hinweisung verdient keine Berücksichtigung.
enn es steht sehr dahin, ob die Wittwe Wigger durch
ssions- oder ähnliche Urkunden über Obligationen, welche
cht in ihrem Besitze waren, worüber sie vielmehr erst noch
en Proceß durchzuführen hatte, überhaupt oder doch ohne
rlust ihren Zweck hätte erreichen können; und der säumige
chuldner kann sich nicht darauf berufen, daß der an der
dnungsmäßigen Ausübung seines Rechtes verhinderte Gläu-
ger den ihm dadurch verursachten Schaden durch unge-
öhnliche und mißliche Mittel hätte auszugleichen ver-
chen müssen.

II. Ebenso wenig konnte der Anspruch auf Erstattung
r Beerdigungskosten verworfen werden. Es unter-
egt nemlich

1) keinem Bedenken, daß die Wittwe Wigger befugt war, aus den ihr zur Disposition gestellten Capitalien auch den erforderlichen Betrag zur Bestreitung ihrer Beerdigungskosten zu bestimmen. Die von den Parteien berührte Frage, ob und wieweit die Beerdigungspflicht mit der Alimentationspflicht in Zusammenhang stehe, kann ganz dahin gestellt bleiben. In gewissem Sinne kann man schon im Allgemeinen sagen, daß die Beerdigung ein Bedürfniß des Verstorbenen selbst, ein negotium defuncti sei.

Vergl. l. 14. § 7. D. de religios. (11, 7.)

Jedenfalls ist nicht zu bezweifeln, daß der Testator, bei seinen bereits dargelegten wohlwollenden Absichten zu Gunsten seiner Frau, den Ausdruck „Bedürfnisse" in diesem erweiterten Sinne verstanden habe, da er wußte, wie gering das eigne Vermögen seiner Frau sei, und nach der Fürsorge, womit er sie vor jedem Mangel zu bewahren suchte, sich nicht anders annehmen läßt, als daß er die gleiche Fürsorge auch auf die persönliche Behandlung bis zu ihrer Bestattung erstreckt, und nicht gewollt habe, daß sie, in Ermanglung zureichender Ersparnisse aus der Zinsen-Einnahme, in dürftiger Weise beerdigt werde.

2) War die Wittwe Wigger aber berechtigt, aus den fraglichen Capitalien für ihre angemessene Beerdigung im Voraus zu sorgen, so kann man zwar hier nicht den Gesichtspunkt geltend machen, daß sie ihren dahin gehenden Willen bereits wirklich bekundet habe; wohl aber ist auch hier nicht daran zu zweifeln, daß sie es, wären die Capitalien in ihren Besitz gelangt, gethan haben würde, daß sie also nur durch die verzögerte Aushändigung derselben daran verhindert worden sei, indem dafür die oben sub I., 3 hervorgehobenen Gründe in gleichem Maße sprechen.

III. Anders verhält es sich dagegen mit dem Anspruch auf Erstattung der vom Kläger auf die Regulirung des Nachlasses verwendeten Ausgaben, worunter die Inventarisirungskosten den Hauptposten bilden. Denn diese Ausgaben können in keiner Weise zu den persönlichen Bedürf-

nissen der Wittwe Wigger, so ausgedehnt man in dieser Hinsicht die testamentarische Bestimmung auslegen möge, gerechnet werden; vielmehr betrifft ihre Aufwendung lediglich das Interesse der Erben und Gläubiger der Wittwe Wigger.

Dieser Anspruch stellt sich daher als ein definitiv verwerflicher dar, während zu I. und II. das Verlangen der Wiederherstellung des Niedergerichts-Erkenntnisses, vorbehältlich der Prüfung der beklagtischen Beschwerden, begründet erscheint.

B. Der Beklagte hat mittelst seiner in gegenwärtiger Instanz aufgestellten Adhäsionsbeschwerde die gänzliche Abweisung der Klage entweder überhaupt, oder eventuell doch in Betreff der Begräbniß- und Nachlaßregulirungskosten beantragt.

Die formelle Zulässigkeit der Beschwerde unterliegt keinem Zweifel. In der Sache selbst mußte

I. hinsichtlich der Nachlaßregulirungskosten der Beschwerde aus dem vorhin sub A, III. angegebenen Grunde entsprochen werden. Wenngleich dieser Grund nicht gerade bei Ausführung der Adhäsionsbeschwerde wieder besonders hervorgehoben wurde, so ist er doch sonst vom Beklagten hinreichend geltend gemacht worden, und betrifft ohnehin nur die rechtliche Begründung der Klage.

II. Hinsichtlich der Erstattung der von der Wittwe Wigger selbst contrahirten Schulden sowie der Kosten ihrer Beerdigung stellt sich dagegen die Beschwerde als unbegründet dar. Dieselbe ist lediglich darauf gestützt worden, daß eine culpa des Beklagten wegen verzögerter Auslieferung der Werthpapiere nicht nur nicht rechtskräftig feststehe, wie vom Niedergericht angenommen worden war, sondern in Wirklichkeit nach den Acten des Vorprocesses gar nicht begründet oder doch durch gleiche culpa der Wittwe Wigger (der damaligen Klägerin) ausgeglichen worden sei. Allerdings ist

1) die Ansicht des Niedergerichts, daß die culpa oder vielmehr mora des Beklagten bereits rechtskräftig festgestellt sei, nicht zu billigen. Das Niedergerichtserkenntniß vom

15. Februar 1862, wodurch diese Feststellung erfolgt sein soll, entschied nach dem Tode der Wittwe Wigger lediglich über den Kostenpunkt des Vorprocesses, und wenn es zu diesem Zwecke auf Beurtheilung der Hauptsache einging, so konnte es eben des beschränkten Zweckes wegen gar nicht die Absicht sein, das Haupt-Rechtsverhältniß zu einer die Parteien bindenden Entscheidung zu bringen; jene Beurtheilung hatte vielmehr nur die Eigenschaft unpräjudicirlicher Erwägungen. Es braucht deshalb nicht darauf eingegangen zu werden, ob das gedachte Erkenntniß nach § 16 der Verordnung vom 5. Juli 1820 von den Parteien durch ein Rechtsmittel hätte angefochten werden können oder nicht.

2) Materiell mußte dagegen eine durch den Vorproceß begründete mora des Beklagten unbedenklich anerkannt werden. Wenn der Beklagte sich jetzt darauf beruft, die Wittwe Wigger habe sich selbst längere Zeit geweigert, dem rechtskräftigen Erkenntniß vom 8. December 1860 nachzukommen, und habe noch im Paritionsverfahren mittelst Bescheides vom 16. November 1861 erst zu einer näheren Erklärung hinsichtlich der Uebertragung der fraglichen Capitalien angehalten werden müssen, so braucht nur darauf hingewiesen zu werden, daß die Wittwe Wigger in der notariellen Interpellation vom 24. September 1861 sich völlig dem Erkenntniß vom 8. December 1860 angeschlossen hat, daß sie der Auflage vom 16. November 1861 bereits am 23. ejusd. nachgekommen ist, von diesem Zeitpunkte an daher die mora accipiendi, wenn vorher eine solche wirklich vorhanden gewesen sein sollte, beseitigt war, und daß seitdem von einer Compensation beiderseitiger mora nicht weiter die Rede sein konnte. Die bei jener notariellen Interpellation von der Wittwe Wigger angebotene Sicherheitsleistung mußte aus den in dem Niedergerichtserkenntniß vom 15. Februar 1862 geltend gemachten zutreffenden Gründen, die auch vom Beklagten jetzt nicht wieder speciell angefochten worden sind, für genügend erachtet werden. Endlich ist es auch ohne Grund, wenn der Beklagte sich zu seiner Exculpation auf eine Aeußerung desselben Er-

kenntnisses beruft, dahin gehend, er habe in seiner dereinstigen Verantwortlichkeit gegen die Wigger'schen Erben eine gegründete Veranlassung finden müssen, die Frage von der Angemessenheit der angebotenen Caution richterlicher Entscheidung zu unterbreiten. Denn diese Aeußerung bezog sich lediglich auf das Verhältniß des Beklagten zu den von ihm vertretenen Wigger'schen Erben und motivirte die Entscheidung, daß die Kosten nicht aus seinen Mitteln, sondern aus der Nachlaßmasse zu tragen seien. Mochte aber sein Einlassen auf den Proceß den Wigger'schen Erben gegenüber noch so sehr gerechtfertigt sein, so konnte dies an der durch die Proceßführung der Klägerin gegenüber begründeten mora selbstverständlich nichts ändern.

C. War nach der obigen Ausführung das angefochtene Erkenntniß zu Gunsten des Klägers zu reformiren, so bedurften noch die vom Beklagten in voriger Instanz aufgestellten und nun wieder auflebenden Beschwerden № 3—6 der Prüfung.

I. Grav. 3 geht dahin, daß dem Kläger nur auferlegt sei, eine specificirte Abrechnung über die Kosten des Begräbnisses beizubringen, und ihm nicht vielmehr ein darauf gerichteter Beweis nachgelassen sei. Diese Beschwerde war zu verwerfen, da es nicht mißbilligt werden kann, daß das Niedergericht über diesen Punkt kein förmliches Beweisverfahren angeordnet hat. Der Kläger soll über den vom Niedergericht beanstandeten Posten von 110 ℔ 2 ß eine specificirte Abrechnung nebst Belegen beibringen; wird damit die Richtigkeit der darunter begriffenen Ausgaben bescheinigt, so ist es Sache des Richters, deren Angemessenheit zu beurtheilen. Das Eine wie das Andere ist hinsichtlich der übrigen Begräbnißkosten bereits geschehen, und der Beklagte kann in dieser Beziehung eine abermalige Prüfung in jetziger Instanz nicht verlangen, da er gegen die niedergerichtliche Beurtheilung specielle Einwendungen nicht namhaft gemacht hat. In Bezug auf jenen Posten von 110 ℔ 2 ß muß ihm über die Erledigung der dem Kläger gemachten Auflage selbstverständlich

Gehör gestattet werden, und kann es ihm dabei nicht benom-
men sein, Monituren zu stellen und etwaige Gegenbeschei-
gungen gegen die Richtigkeit oder Angemessenheit der fra
lichen Ausgaben beizubringen.

II. In Grav. 4 verlangt der Beklagte, daß dem Kläg
außer dem Beweise der Echtheit der in Anlage 5 beigebra
ten Hypothekwechsel auch noch der weitere Beweis aufer
werde, daß die Valuta für diese Wechsel gezahlt und zur B
streitung der Bedürfnisse der Wittwe Wigger verwa
worden sei. Diese Beschwerde war

1) hinsichtlich des ersteren Verlangens für begründet
achten, da der Empfang der Valuta mit zum Klagg
gehört. Auf die Wirkungen, welche das in den Wechseln
haltene Bekenntniß des Empfangs im Verhältniß zum We
gläubiger haben würde, kann hier offenbar nichts ankomm
da der Beweis einem Dritten gegenüber geführt werden i
Die Behauptung des Klägers aber, daß gerade hiebei
Wechsel-Ausstellung als Dispositionsact vollständig genü
und dem Dritten nur übrig bleibe, die Einrede der Sim
lation dagegen darzuthun, bedarf keiner besondern Wide
legung, indem ein Dispositionsact zwar in der Uebernah
der Wechselschuld, aber nicht in dem Bekenntniß des Valu
empfanges liegt, jene auch nicht nothwendig durch die Richti
keit des letzteren bedingt wird. Dagegen konnte

2) der Kläger nicht für verbunden gehalten werden,
neben auch noch die Verwendung der empfangenen Valu
zu den Bedürfnissen der Wittwe Wigger zu bewei
Denn, wie oben (unter A, I, 1, b) ausgeführt, kommt es
darauf an, ob die Wittwe Wigger mit dem fraglichen B
trage Ausgaben für ihre Person bestritt, die sie selbst f
nothwendig hielt. Diese ihre subjective Auffassung ist abe
schon dadurch, daß sie ein Darlehn aufnahm und sich al
Schuldnerin desselben verbindlich machte, genügend zu erken
nen gegeben worden, und es würde daher nur dann an jene
Voraussetzung fehlen, wenn sie das Geld nicht für sich, son
dern zu Freigebigkeiten für Andere verwendet hätte. Be

gegen Schenkungen streitenden Vermuthung wäre es aber
[illegible]che des Beklagten gewesen, das Letztere einredeweise gel-
[illegible]d zu machen, während nur die Behauptung von ihm auf-
[illegible]tellt worden ist, die Aufnahme des Darlehns sei zum Be-
[illegible]f eines versteckten Geschenkes für den Gläubiger simulirt
[illegible]rden; eine Behauptung, die sich durch den dem Kläger auf-
[illegible]egten Beweis der Valuta-Zahlung erledigen wird.

III. Grav. 5 geht dahin, daß dem Beklagten der Beweis
[illegible]ferlegt worden, beim Tode der Wittwe Wigger sei baares
[illegible]d und wie viel vorhanden gewesen, und nicht vielmehr
[illegible] Kläger der Beweis, daß die eingeklagten Forderungen
[illegible]t aus dem vorhandenen Nachlasse der Wittwe Wigger
[illegible]tten berichtigt werden können.

So viel die Beweislast betrifft, mußte auch diese Be-
[illegible]werde für begründet erachtet werden. Es ist bereits oben
[illegible]vorgehoben worden, daß der Mangel baarer Geldmittel
[illegible]r Tilgung der fraglichen Schulden und Beerdigungskosten
[illegible]t zur Begründung des Klaganspruchs gehören, und, wie
[illegible] Sachlage von selbst ergiebt, kommt es hiebei auf die Zeit
[illegible]s Todes der Wittwe Wigger an. Das Niedergericht
[illegible]cht auch davon nicht ab, und hat nur deswegen die Be-
[illegible]islast dem Beklagten zugetheilt, weil es der Meinung ist,
[illegible]ß der Beweis, soweit er dem Kläger obliege, bereits durch
[illegible]s mit der Replik als Anlage 9 producirte Inventar er-
[illegible]acht sei. Sollte indessen auch durch dieses Inventar, wenn
[illegible]hts Anderweites zur Vorlage kommt, die Ueberzeugung
[illegible]s Richters bestimmt werden können, so kommt doch, abge-
[illegible]hen davon, daß die Anlage 9 mit der Replik zu einem
[illegible]nz andern Zweck producirt worden ist, hier jedenfalls der
[illegible]undsatz zur Anwendung, daß, so lange noch ein Gegenbe-
[illegible]eis zulässig und möglich ist, es stets den Vorzug verdient,
[illegible] gewöhnlicher Weise auf Beweis und Gegenbeweis zu er-
[illegible]nen.

Dagegen beantragt der Beklagte mit Unrecht, den Beweis-
[illegible]ß darauf zu stellen, daß die Forderungen nicht aus dem
[illegible]rhandenen Nachlasse hätten berichtigt werden können.

Nach der obigen Ausführung (unter A, I, 1. a) muß vielmehr der Mobiliarnachlaß sowie das Eingebrachte der Wittwe Wigger hiebei außer Berücksichtigung bleiben.

IV. Grav. 6 endlich verlangt in pessimum eventum, daß der Kläger schuldig erkannt werde, eine Abrechnung über den Nachlaß der Wittwe Wigger und über die Verwendung der in seine Hände, sowohl vor als nach ihrem Tode, gelangten Gelder bei Gericht einzureichen und deren Richtigkeit zu beeidigen. Es ist nicht klar, ob diese Beschwerde nur für den Fall aufgestellt sein sollte, wenn ad grav. 5 hinsichtlich der Beweislast des Beklagten bestätigt würde. Jedenfalls stellt sich die Beschwerde als unbegründet dar, da ein Rechtsgrund, welcher den Kläger verpflichtete, dem Beklagten eine Rechnung über den Nachlaß der Wittwe Wigger abzulegen und deren Richtigkeit durch einen allgemeinen Eid zu bestätigen, nicht zu finden ist.

---

91. Frankfurt.

Dr. **C. A. von Lersner** zu Frankfurt, Kläger, wider das Pflegamt des Versorgungshauses daselbst, Beklagten, Forderung betreffend.

---

1) Remuneratorische Schenkungen stehen in Beziehung auf die Nothwendigkeit gerichtlicher Insinuation anderen Schenkungen ganz gleich.

2) Ein Anspruch auf Bezahlung geleisteter Dienste wird, abgesehen von einer besonderen Uebereinkunft, nicht schon dadurch begründet, daß diese Dienste regelmäßig gegen Bezahlung geleistet werden, sondern es muß hinzukommen, daß der Dienstleistende eine Person ist, welche Dienste der fraglichen Art nur gegen Lohn zu leisten pflegt.

3) Wenn jemand für geleistete Dienste, die eine Bezahlung zulassen, freiwillig eine Gabe macht, so kann dieselbe ebenso

gut einen onerosen als den Charakter einer Schenkung an sich tragen und wird im Zweifel anzunehmen sein, daß durch die für die empfangenen Dienste gemachte Zuwendung diese Dienste haben bezahlt werden sollen.

4) Auslegung einer zweifelhaften Willenserklärung, ob donatio mortis causa, Legat, donatio inter vivos oder Honorarversprechen?

Rechtsfall. Der hochbejahrte Freiherr v. Wiesenhütten stand mit dem Darmstädter Fiscus in Unterhandlungen über den Verkauf seines Guts Rockenberg, bei denen er sich der Vermittelung des Klägers und des Hofgerichtsraths Völcker zu Darmstadt bediente. In Bezug hierauf stellte er am 3. December 1858 dem Kläger folgende von ihm untersiegelte Bescheinigung aus:

„Für den Fall, daß ich den Verkauf meines Hofguts Rockenberg nicht erleben sollte, bestimme ich eine Remuneration von 6000 fl. für Herrn Hofgerichtsrath Völcker und eine gleiche Summe als Remuneration für meinen Herrn Vetter Freiherrn von Lersner für deren Bemühungen bei den Verkaufsunterhandlungen über genanntes Gut, bestimme auch zugleich eine Zahlungsfrist von längstens drei Wochen für diese Gratification vom Tage der Unterzeichnung des Kaufbriefs angerechnet."

Nachschrift vom 8. December 1858:

„Sollte jedoch der Verkauf des Guts Rockenberg nach meinem Tode gar nicht zu Stande kommen, so will ich, daß es bei jener Remuneration an die obgenannten beiden Herren dennoch verbleiben solle."

[2] act des Stadtgerichts.

Wiesenhütten brach später die Verkaufsverhandlungen ab. Nach seinem 1859 erfolgten Tode kam es zum Verkaufe des Guts durch seinen Testamentserben, das Versorgungshaus in Frankfurt.

Kläger forderte nunmehr auf Grund der Urkunde in [2] St.-G.-A. von dem genannten Erben des Wiesenhütten 6000 fl.

cum usuris et expensis, indem er in derselben die Bestimmung findet, daß dieses Honorar nach des Disponenten Tode ausbezahlt werden solle, wenn dieser den Verkauf seines Guts nicht erlebe, alsdann aber ohne Rücksicht darauf, ob das Gut verkauft werde oder nicht. Event. nimmt er diesen Betrag als Legat in Anspruch auf Grund eines Vorbehaltes in dem Wiesenhütten'schen Testamente, wonach von dem Testator geschriebene und untersiegelte Testamentszettel ebenso gültig sein sollen, als wären sie dem Testamente wörtlich einverleibt. —

Beklagter bestritt die Begründung des klägerischen Anspruchs und machte weiter geltend: 1) Kläger habe nach Abbruch der Verkaufsverhandlungen ausdrücklich erklärt, Wiesenhütten habe nunmehr wegen derselben weder aus der beregten Urkunde noch auch sonst irgendwelche Verbindlichkeiten. 2) Es handle sich nicht um Bezahlung geleisteter Dienste, sondern um eine Liberalität, die weder als donatio mortis causa noch als Legat aufgefaßt werden könne. 3) Sollte in derselben eine donatio inter vivos zu finden sein, so sei sie wegen mangelnder gerichtlicher Insinuation über den Betrag von 500 Ducaten hinaus ungültig. — In der Replik bemerkte Kläger: als Wiesenhütten ihm seine Ansicht kund gegeben, das Gut nicht zu verkaufen, habe er ihm ausdrücklich erklärt, daß die abgebrochenen Verkaufsverhandlungen die Urkunde in [2] nicht aufhöben, daß diese vielmehr für die gehabten Bemühungen in Kraft bleiben solle, Kläger unter allen Umständen das Honorar von 6000 fl. nach seinem Tode bekommen solle. Die Behauptung des Beklagten sub 1 der Exceptionalen wird geleugnet. — Duplicando nimmt Beklagter die in der Replik erwähnte Erklärung des Wiesenhütten in Abrede. —

Das Stadtgericht erkannte:

Kläger wird mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und schuldig erkannt, dem Beklagten die entstandenen Streitkosten zu ersetzen, er wollte und könnte denn, vorbehältlich des Gegenbeweises im Allgemeinen und insbesondere dahin,

daß Kläger vielmehr auf jeden Anspruch aus der Urkunde [2] dem Erblasser gegenüber verzichtet habe,
rechtsgenügend darthun:
daß Wiesenhütten, als er ihm seine Absicht, das Gut Rockenberg nicht zu verkaufen, kund gegeben, erklärt habe, daß rc. (wie in der Replik behauptet worden),
welchenfalls dem Klagantrag entsprechendes Erkenntniß erfolgen soll.

Beide Theile appellirten, indem Kläger Actenversendung beantragte, worauf das Appellationsgericht (Facultät Heidelberg) das Erkenntniß abgab:

Kläger sei mit seiner Klage insoweit abzuweisen, als die eingeklagte Summe den Betrag von 500 Ducaten übersteige, und habe die Hälfte der Kosten erster Instanz zu ersetzen, im Weiteren aber zu beweisen,
entweder daß Wiesenhütten bei Ausstellung der Urkunde [2] die Absicht gehabt habe, unter der Voraussetzung, daß er den Verkauf des Guts Rockenberg nicht erleben sollte, dem Kläger für dessen Bemühungen um den Verkauf dieses Guts ein unter allen Umständen auszuzahlendes Honorar von 6000 fl. zuzusichern,
oder daß Wiesenhütten, als er ihm seine Absicht rc. (wie im stadtgerichtlichen Erkenntnisse).

Die Kosten zweiter Instanz mit Ausnahme der den Kläger allein treffenden Versendungskosten werden verglichen.

Auf weitere Appellation des Klägers erging das Urtheil des Ober=Appellationsgerichts vom 30. November 1865, welches das Erkenntniß zweiter Instanz zwar im Uebrigen bestätigt, dasselbe aber, soweit es den Kläger mit seiner Forderung abweis't und in die Hälfte der Kosten erster Instanz verurtheilt, wieder aufhebt und die Kosten dritter Instanz compensirt.

Entscheidungsgründe.

I. Den beiden vorigen Gerichten ist darin beizutreten, daß das in [2] enthaltene Remunerationsversprechen — so

lange man bei dem, was aus der Urkunde selbst über den Willen des Disponenten sich ergiebt, stehen bleibt — auf den wirklich eingetretenen Fall nicht bezogen werden kann, wo die Verhandlungen über den Verkauf des Guts Rockenberg noch bei Lebzeiten des Freiherrn v. Wiesenhütten sich zerschlagen haben. — Was

A. die Willensmeinung des Ausstellers der Urkunde betrifft, so hat derselbe

1) in der ursprünglichen Disposition vom 3. December 1858 dem Kläger und dem Hofgerichtsrath Völcker eine Remuneration von je fl. 6000. überhaupt nur für den Fall zugesagt, daß der Verkauf des Guts Rockenberg nach seinem Tode zu Stande kommen sollte. Dabei ist offenbar nicht jeder beliebige Verkauf gemeint, den der Erbe etwa über das fragliche Gut abschließen sollte, sondern nur derjenige individuelle Verkauf, wegen dessen v. Wiesenhütten zur Zeit der Ausstellung der Urkunde in Unterhandlung begriffen war, so daß dessen wahre Willensmeinung die gewesen ist: wenn die gegenwärtig schwebenden Verhandlungen erst nach seinem Tode zum Abschlusse des Vertrags führen würden, so solle den beiden Herren, die als Vermittler bei diesen Verhandlungen thätig gewesen waren und deren fernere Thätigkeit zu demselben Zwecke v. Wiesenhütten ohne Zweifel voraussetzte, das fragliche Honorar von seinem Erben ausgezahlt werden.

Nach dieser ersten Disposition war also das Remunerationsversprechen auf drei Fälle nicht zu beziehen:

a) wenn es bereits bei Lebzeiten des v. Wiesenhütten zum Abschlusse des Verkaufs kam;

b) wenn bereits bei Lebzeiten des v. Wiesenhütten die Verkaufsverhandlungen gänzlich abgebrochen wurden;

c) wenn diese Verhandlungen beim Tode des v. Wiesenhütten noch im Gange waren, aber später sich zerschlugen.

2) In der Nachschrift vom 8. December 1858 ist nur die Abänderung getroffen, daß es bei der festgesetzten Remuneration auch dann verbleiben solle, wenn der Verkauf nach dem

Tode des v. Wiesenhütten gar nicht zu Stande kommen sollte, also im Falle unter 1. c. Die Worte „nach meinem Tode" kann man nicht als ganz bedeutungslos hinwegstreichen. Sie beweisen, daß der Disponent als möglichen (wenn auch voraussichtlich nicht eintretenden) Fall den angesehen hat, daß der Verkauf vor seinem Tode gar nicht zu Stande kommen sollte, d. h. daß er sterben würde, nachdem bereits das Nichtzustandekommen des Vertrags sich herausgestellt haben werde. Für diesen Fall — den Fall unter 1. b. — war in der ursprünglichen Disposition die Remuneration nicht zugesagt, und auf denselben ist sie auch durch die Nachschrift nicht erstreckt worden.

Die Absicht des v. Wiesenhütten war, wie man nach Inhalt der fraglichen Urkunde annehmen muß, überhaupt nicht, sich durch jene Urkunde persönlich zu verpflichten und nur die Erfüllung dieser Verpflichtung bis nach seinem Tode hinauszuschieben; sondern es sollte dadurch eine erst in der Person des Erben eintretende Verpflichtung normirt werden. Voraussetzung war also, daß die ganze Angelegenheit, auf welche sich die Vermittlerdienste des Klägers und Völcker's bezogen, nicht bereits bei Lebzeiten des v. Wiesenhütten (sei es durch das Zustandekommen des Verkaufs, sei es durch den gänzlichen Abbruch der Verhandlungen) abgethan sein, daß sie vielmehr im Zustande noch schwebender Unterhandlung auf den Erben übergehen werde. Für den ersteren Fall wollte v. Wiesenhütten freie Hand behalten oder doch jedenfalls keine urkundliche Verpflichtung übernehmen. Daß die Vermittler dabei nicht zu kurz kamen, dafür bürgten seine eigenen wohlwollenden und liberalen Gesinnungen. Dagegen sollten dieselben von der Willkür oder dem Ermessen des Erben nicht abhängig gemacht werden, und wurde ihnen deshalb für den Fall, daß v. Wiesenhütten das Ende der Verhandlungen nicht erleben werde, schon jetzt ein festes Recht auf die fragliche Remuneration eingeräumt.

B. Der Fall unter 1. b, auf welchen, den vorstehenden Erörterungen zufolge, das Remunerationsversprechen sich nicht bezieht, ist nun aber eingetreten. Nach der eigenen klägerischen Darstellung hat, nachdem die Verkaufsverhandlungen lange Zeit im Gange gewesen und „bis zum Abschluß mit dem Darmstädter Fiscus“ gediehen waren, v. Wiesenhütten plötzlich seinen Sinn geändert und dem Kläger selbst seine Absicht, das Gut vorläufig nicht verkaufen zu wollen, kund gethan. Kläger versucht freilich auszuführen, daß in dieser seiner Darstellung das Zugeständniß eines Abbruchs der Verkaufsverhandlungen nicht liege, jedoch mit Unrecht. Wenn v. Wiesenhütten erklärte: er habe die Absicht, das Gut vorläufig nicht zu verkaufen, so heißt das nicht: er sei noch unentschlossen und wolle die Sache weiter in Bedenk nehmen; sondern es liegt darin der positive Ausspruch, daß die dermaligen Verkaufsverhandlungen nicht weiter fortgesetzt, auf Grund derselben also ein Verkauf überhaupt nicht abgeschlossen werden solle; wobei sich der Verkäufer nur vorbehielt (was ihm ohnedies unbenommen war), je nach Gutdünken neue Verhandlungen, sei es mit demselben, sei es mit einem anderen Kaufliebhaber zu eröffnen. Nach dem weiteren Inhalte der klägerischen Darstellung hat denn auch v. Wiesenhütten selbst, ihm gegenüber, die Verkaufsverhandlungen schlechthin als „abgebrochen“ bezeichnet. Es könnte nun allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob, wenn die Verhandlungen — wie Kläger dies behauptet — bereits „bis zum Abschlusse des Kaufs“ gediehen waren und nunmehr v. Wiesenhütten seinen Sinn änderte und vom Verkaufe zurücktrat, die Vermittler der fraglichen Verkaufsverhandlungen nicht berechtigt sein würden, die Sache ebenso zu behandeln, als ob sie den Verkauf bei Lebzeiten des v. Wiesenhütten wirklich zu Stande gebracht hätten. Allein damit wäre dem Kläger für den vorliegenden Proceß, in dem er lediglich auf Grund des in der Urkunde [2] enthaltenen Versprechens geklagt hat, nicht geholfen. Denn dieses Versprechen bezieht sich, wie oben ausgeführt worden und vom Kläger zugestanden ist, auch auf

den Fall nicht, daß der Verkauf bei Lebzeiten des v. Wiesenhütten zu Stande kommen werde.

Hatte nun aber v. Wiesenhütten selbst diejenigen Verkaufsverhandlungen, bei denen der Kläger und Völcker als Vermittler thätig gewesen waren, abgebrochen, so war damit das Remunerationsversprechen in [2] gänzlich beseitigt. Dasselbe kann nicht dadurch wieder aufleben, daß der Erbe die abgebrochenen Verhandlungen aufgenommen und zum Abschluß gebracht hat.

Es stellt sich hiernach die Beschwerde des Klägers, soweit sie darüber erhoben worden, daß eine ausreichende Begründung seiner Intention in der oft erwähnten Urkunde nicht gefunden, ihm vielmehr erst noch ein Beweis über die Absicht beziehungsweise eine spätere mündliche Erklärung des v. Wiesenhütten auferlegt worden, als unbegründet dar.

II. Während das Stadtgericht dem Kläger Beweis in dem Sinne auferlegt hat, daß bei Erbringung desselben eine Verurtheilung des Beklagten in den ganzen eingeklagten Betrag von fl. 6000 erfolgen solle, hat das Appellationsgericht die Klage, insoweit die eingeklagte Summe den Betrag von 500 Ducaten übersteigt, abgewiesen und nur in Beziehung auf diesen letzteren Betrag den von ihm normirten alternativen Beweis nachgelassen. Gegen diese theilweise Klagabweisung ist die klägerische Beschwerde ebenfalls gerichtet.

Die Entscheidung derselben hängt davon ab, ob man in der Urkunde [2] beziehungsweise der vom Kläger noch zu beweisenden Erklärung des v. Wiesenhütten eine remuneratorische Schenkung zu finden hat. Wäre dies zu bejahen, so würde den vorigen Richtern darin beizutreten sein, daß das fragliche Versprechen nur bis zum Betrage von 500 Ducaten Gültigkeit habe. Denn daß remuneratorische Schenkungen in Beziehung auf die Nothwendigkeit gerichtlicher Insinuation anderen Schenkungen ganz gleich stehen, ist jetzt fast allgemein anerkannt, und hat sich auch das Ober-Appellationsgericht bereits in diesem Sinne ausgesprochen:

Bruhn, Samml. von Entscheidungen in Lüb. Rechtssachen II. p. 469, 470.

Anlangend nun die Frage, welches der rechtliche Charakter der Disposition vom 3./8. Decbr. 1858 in [2] sei, so kann dieselbe offenbar

A. unter den Gesichtspunkt eines Legats nicht gebracht werden. Zwar läßt die Reformation IV. 12. § 5 confirmirte Codicille ganz formlos gelten; und nach des Klägers unwidersprochen gebliebener Anführung besagt das am 7. Febr. 1843 errichtete v. Wiesenhüttensche Testament im § 14: daß der Erblasser sich die Errichtung von Testamentszetteln vorbehalte, und wolle, daß solche ebenso gültig sein sollen, als ob sie dem Testament wörtlich einverleibt wären, vorausgesetzt, daß sie eigenhändig von ihm unterschrieben und mit demselben Siegel versehen seien, mit welchem er das Testament untersiegelt haben werde. Auch trifft diese letztere Voraussetzung bei der Urkunde [2] zu. Allein durch die Unterzeichnung und Untersiegelung wird nicht jede Disposition, in welcher der Testator für den Fall seines Todes eine Verfügung trifft, zum Testamentszettel. Als solcher kann sie sich vielmehr nur dadurch erweisen, daß sie irgendwie mit dem letzten Willen in Verbindung gebracht ist und eine Entrichtung aus der Erbschaft betrifft, wovon in der fraglichen Urkunde sich nichts findet. — Noch weniger kann

B. von einer Schenkung auf den Todesfall die Rede sein. Das Charakteristische einer solchen Schenkung besteht, auch nach Frankfurter Recht, darin, daß der Geber seine Zuwendung, sollte dieselbe auch bereits factisch erfolgt sein, rechtlich davon abhängig gemacht hat, daß der Empfänger ihn überlebt. Eine solche Absicht aber läßt sich in der vorliegenden Urkunde nicht erkennen. Das Ableben des Disponenten ist hier nur in Verbindung gebracht mit dem Factum, welches die Voraussetzung der Zuwendung bildet, dem Verkauf oder Nichtverkauf des Guts Rockenberg. Dagegen ist die Zuwendung selbst nicht bloß factisch, sondern auch rechtlich sogleich an die honorirten Personen geschehen, und keineswegs von der Eventualität des Ablebens des Gebers vor denselben abhängig gemacht. Inhalts der Urkunde würden, wenn

auch der Kläger selbst den Tod des v. Wiesenhütten nicht erlebt hätte, doch dessen Erben den nämlichen in Frage stehenden Anspruch erheben können, vorausgesetzt, daß die übrigen Bedingungen der Zuwendung eingetreten sein würden.

C. Es bleibt also nur die Wahl, entweder eine remuneratorische Schenkung unter Lebenden oder ein oneroses Lohnversprechen anzunehmen. Der von dem Beklagten behauptete Mangel der Acceptation würde die Wirksamkeit des Versprechens unter der einen ganz ebenso wie unter der anderen Voraussetzung ausschließen. Dieser Mangel ist jedoch unerfindlich. Die Acceptation der in der Urkunde enthaltenen Zusage liegt in der Annahme der Urkunde. Die spätere Erklärung des v. Wiesenhütten soll dem Kläger gegenüber erfolgt sein, und in deren, wenn auch nur stillschweigender, Hinnahme muß der Ausdruck des Einverständnisses des Klägers um so unbedenklicher gefunden werden, als es sich — wie unten näher zu zeigen — bei jener Erklärung nur um eine Interpretation des bereits vorliegenden und acceptirten Versprechens zu Gunsten des Klägers gehandelt hat.

Was nun die Frage selbst anlangt, ob hier eine Schenkung oder ein oneroses Geschäft vorliege, so muß allerdings

1) den vorigen Richtern zugegeben werden, daß weder aus der Urkunde [2] hervorgeht, noch von dem Kläger bestimmt behauptet und genügend substantiirt ist, daß schon unabhängig von dem in jener Urkunde enthaltenen Remunerationsversprechen ein rechtlicher Anspruch des Klägers auf Honorirung der bei den Verkaufsverhandlungen von ihm geleisteten Dienste bestanden habe. Diese Dienste sind freilich solche, die regelmäßig gegen Bezahlung geleistet zu werden pflegen. Indessen genügt dies nicht, um den Empfänger auch abgesehen von einer deshalbigen besonderen Uebereinkunft zur Bezahlung derselben zu verpflichten. Dazu gehört vielmehr, daß auch der Dienstleistende eine Person ist, welche Dienste der fraglichen Art nur gegen Lohn zu leisten pflegt. In diese Kategorie gehören aber die in der Urkunde [2] honorirten Personen nicht.

Hinsichtlich des Klägers könnte dies an sich zweifelhaft erscheinen. Er ist Advocat, und wenn es sich auch nicht um eigentliche Advocaturgeschäfte handelt, so liegen doch die in Rede stehenden Bemühungen dieser Sphäre nicht fern. Anders verhält es sich dagegen mit dem Hofgerichtsrath Völcker, der seinem Berufe nach keine Person ist, die aus Geschäften der fraglichen Art eine regelmäßige Erwerbsquelle macht, und (vorausgesetzt, daß er damals noch im activen Dienste war) machen durfte. Völcker und der Kläger sind aber in der Urkunde ganz gleich behandelt. Auch hat v. Wiesenhütten den letzteren darin nicht in seiner Eigenschaft als Advocat oder Dr. juris namhaft gemacht, sondern er spricht von ihm nur als von seinem „Herrn Vetter Freiherrn v. Lersner." Aus allem dem geht hervor, daß er die von dem Kläger geleisteten Dienste nicht als gewöhnliche Advocatendienste betrachtete und belohnen wollte. Auf die Intention des Ausstellers der Urkunde aber kommt es allein an bei der Frage, welchen juristischen Charakter das darin enthaltene Versprechen an sich trägt.

2. Daraus, daß der Kläger bis dahin keinen nachweisbaren rechtlichen Anspruch auf Honorirung seiner Dienste hatte, folgt aber noch keineswegs, daß das in der Urkunde enthaltene Remunerationsversprechen eine Schenkung gewesen ist. Wenn Jemand für ihm geleistete Dienste, die nur überhaupt eine Bezahlung zulassen, sei es auch, daß ein Recht auf diese Bezahlung nicht besteht, eine Gabe macht, so kann diese ebenso gut einen onerosen als den Charakter einer Schenkung an sich tragen; und für die Frage, ob das Eine oder das Andere anzunehmen sei, ist lediglich die Absicht des Gebers entscheidend:

Savigny, Syst. IV. pag. 94 flg.
Puchta, Pandect. § 71. — Vorl. zu § 68 sub 2, und § 71. — Institut. II. § 305.
Arndt's Pandect. § 83 sub 1.
Vangerow, Pandect. I. § 123. Anm.

Im Zweifel wird man, da Schenkungen nicht vermuthet werden, davon ausgehen müssen, daß durch die für die empfan-

genen Dienste gemachte Zuwendung diese Dienste haben bezahlt werden sollen; und auch die besonderen Umstände des vorliegenden Falles sprechen für eine solche und nicht für die Absicht einer Schenkung.

a) Die Bemühungen, für welche, nach der Erklärung des v. Wiesenhütten, der Kläger und Völcker remunerirt werden sollten, haben die Vermittlung des Verkaufs einer Liegenschaft bezweckt, bestehen also in solchen Diensten, die nicht allein eine Bezahlung zulassen, sondern regelmäßig nur gegen Bezahlung geleistet zu werden pflegen, und für die auch eine Person, die aus dergleichen Dienstleistungen kein Geschäft macht, Bezahlung dann beanspruchen kann, wenn bei Leistung und Annahme der Dienste beide Theile darüber, daß eine Vergütung dafür erfolgen solle, einverstanden gewesen sind.

arg. L. 22. D. de praescr. verb. (19, 5.)

Wenn, nachdem derartige Dienste theilweise bereits geleistet sind, theilweise als noch zu leistende in Aussicht stehen, ein Remunerationsversprechen erfolgt, so wird man, insofern nicht dringende Gründe für das Gegentheil vorliegen, nur annehmen können, daß dadurch die Intention, welche bei Eingehung des ganzen Verhältnisses obgewaltet, klar gestellt und die Sache in die Lage gebracht werden solle, als sei die Dienstleistung von Anfang an gegen Zusage einer Vergütung derselben erfolgt.

b) Die in der Urkunde gebrauchten Worte sprechen nicht gegen, sondern vielmehr für diese Intention. Der Ausdruck „Remuneration" resp. „Gratification" wäre ein ganz angemessener gewesen, wenn vor Beginn ihrer Dienstleistungen der Kläger und Völcker sich eine Belohnung derselben hätten ausbedingen wollen. Es liegt kein Grund vor, ihn in einem anderen Sinne zu nehmen, wenn er, wie hier, gebraucht wird, nachdem mit der Dienstleistung begonnen ist, aber ehe sie noch ihr Ende erreicht hat. Daß v. Wiesenhütten eine Remuneration im technischen, aber keineswegs gemeingebräuchlichen Sinne ein Gegengeschenk habe machen wollen, könnte man nur dann statuiren, wenn Grund zu der Annahme vor-

läge, daß er die Bemühungen des Klägers und Völcker's als in liberaler Absicht ihm gewährte Dienste, als reine Gefälligkeiten, angesehen hätte. Hierfür findet sich aber weder in der Urkunde noch sonst eine Andeutung. Vielmehr spricht es

c) entschieden gegen eine solche Auffassung der ihm geleisteten Dienste, daß v. Wiesenhütten in seiner ersten Disposition vom 3. Decbr. 1858 den Eintritt der Remuneration von dem Zustandekommen des Verkaufs abhängig gemacht hat. Daraus geht hervor, daß er keineswegs aus bloßem Dankgefühle, sondern in der Absicht, den Kläger und Völcker für ihre Bemühungen, je nach deren Erfolg, zu belohnen, ihnen die Remuneration versprochen hat. Er behandelte sie also ganz als Mäkler, nur daß das Honorar ein die gewöhnliche Mäklergebühr übersteigendes sein sollte. Wenige Tage nachher hat er nun freilich die Belohnung auch für den Fall, daß der Verkauf nach seinem Tode nicht zu Stande kommen sollte, zugesagt, und schließlich soll er sie unbedingt für die bereits gehabten Bemühungen zugesagt haben. Hierdurch wird aber an dem rechtlichen Charakter der Remuneration als einer Belohnung der geleisteten Vermittlerdienste um so weniger etwas geändert, als der Umfang dieser Dienste in der Zwischenzeit ein größerer geworden war, und so eine namhafte Vergütung für dieselben, auch ganz abgesehen von dem Erfolge, angemessen erscheinen mochte.

Die Gründe, welche die vorigen Richter für die Annahme einer Schenkung geltend machen, können nicht dahin führen, dieser Auffassung vor der bisher entwickelten den Vorzug zu geben.

α) Daß nach der Behauptung des Klägers v. Wiesenhütten die oft erwähnte Urkunde unaufgefordert ausgestellt und ihm behändigt haben soll, ist für die Frage, ob er die Bemühungen des Klägers und Völcker's als bloße Gefälligkeiten, oder als solche Dienste ansah, die in der beiderseitigen Voraussetzung einer dafür zu gewährenden Vergütung geleistet worden, und ob er dieser Voraussetzung entsprechen oder ein bloßes Geschenk machen wollte, offenbar ganz indifferent.

β) Wenn darauf Gewicht gelegt wird, daß v. Wiesenhütten für die versprochene Remuneration sich fernere Dienstleistungen nicht ausbedungen habe, so ist dies Letztere allerdings richtig, und der Versuch des Klägers, zu deduciren, daß er durch Annahme der Urkunde eine juristische Verpflichtung zur Fortsetzung seiner Bemühungen übernommen habe, ein gänzlich verfehlter. Bei Vermittlerdiensten, auch wenn sie gegen Bezahlung geleistet werden, ist es aber überhaupt nicht üblich, daß der Vermittler eine rechtlich erzwingbare Verpflichtung zu deren Prästirung übernimmt. Der andere Theil sichert sich vielmehr dadurch, daß er die Bezahlung von dem Erfolge der Dienstleistung abhängig macht. Das hat auch im vorliegenden Falle v. Wiesenhütten ursprünglich gethan; und wenn er später davon abgegangen, so ist doch hierdurch, wie gezeigt worden, der juristische Charakter der Remuneration nicht geändert.

γ) Das Argument: bei einem onerosen Geschäfte würde der Promissar es sich kaum haben gefallen lassen, daß der Anspruch auf Remuneration seiner Bemühungen davon abhängig gemacht worden, daß der Promittent den Gutsverkauf nicht erlebe, wäre nur dann zutreffend, wenn die Urkunde [2] bestimmt gewesen wäre, das Rechtsverhältniß zwischen v. Wiesenhütten und den Vermittlern des Gutsverkaufs *seinem ganzen Umfange nach* zu reguliren. Dies aber war, wie oben unter I, A. gezeigt worden, nicht der Zweck dieser Urkunde.

δ) Dem Charakter eines Entgelts, einer Vergütung widerspricht endlich auch nicht der im Vergleiche mit der gewöhnlichen Mäklergebühr allerdings sehr hohe Betrag der Remuneration. Selbst wenn dieser Betrag außer allem Verhältnisse zu den zu honorirenden Diensten gestanden haben sollte, so würde doch, um der bei Festsetzung des Honorars geübten *Liberalität* willen, dasselbe noch nicht aufhören, eine — allerdings reichlich bemessene — Gegenleistung für die empfangenen Dienste zu sein. Es ist indeß ganz natürlich, daß Personen höheren Standes, welche Geschäfte der fraglichen Art

nicht für Geld zu betreiben pflegen, wenn sie einmal ausnahmsweise ein solches übernehmen, dafür in einem ganz anderen Maße honorirt werden, als Mäkler von Beruf; und kann man in Berücksichtigung dessen und des hohen Werthes des Gutes, um dessen Verkauf es sich handelte (nach des Klägers unwidersprochen gebliebener Behauptung: fl. 200,000), nicht einmal mit Bestimmtheit sagen, daß das Honorar von je fl. 6000 für jeden der Vermittler ein unverhältnißmäßig hohes sei.

III. Muß dem Vorstehenden zufolge das angefochtene Erkenntniß, insoweit es den Kläger mit seiner Klage abweist, auf Grund der klägerischen Beschwerde wieder aufgehoben werden, so könnte die Frage entstehen, ob nicht die in voriger Instanz von dem Beklagten aufgestellten Beschwerden — sei es in Beziehung auf die ganze Klagsumme oder wenigstens in Beziehung auf den von den vorigen Richtern abgewiesenen Theil derselben — wieder aufleben. Es bedarf indeß keiner Entscheidung dieser nach der processualischen Sachlage nicht zweifellosen Frage, da, auch wenn sie zu bejahen sein sollte, jenen Beschwerden doch in keinem Falle zu entsprechen sein würde.

Grav. II. und III.: daß das in der Urkunde [2] enthaltene Versprechen nicht als Schenkung auf den Todesfall wegen Mangels der für eine solche erforderlichen Formalitäten, oder beziehungsweise als Schenkung unter Lebenden wegen fehlender Acceptation ganz, und eventuell wegen Mangels der gerichtlichen Insinuation in seinem den Betrag von 500 Ducaten übersteigenden Theile für ungültig erklärt worden, haben bereits in den vorstehenden Erörterungen ihre Widerlegung gefunden.

Grav. I. ging dahin: daß die von dem Stadtgerichte zu Beweis verstellte, erst in der Replik vorgebrachte Behauptung als verspätet hätte unberücksichtigt bleiben, und demgemäß die Klage hätte abgewiesen werden müssen. Es kann aber mit den vorigen Richtern, jene Behauptung nicht als eine Klagänderung, sondern nur als eine — zumal beim Mangel

eines Widerspruchs in der Duplik — noch zulässige Klagerläuterung aufgefaßt werden, indem in der fraglichen Erklärung des v. Wiesenhütten — unter Berücksichtigung der angeblich gebrauchten Ausdrücke: daß die abgebrochenen Verkaufsverhandlungen die Urkunde „nicht aufheben," dieselbe vielmehr für die gehabten Bemühungen „in Kraft bleiben" solle — nicht sowohl eine neue Disposition, als vielmehr nur eine nähere Erklärung über die Intention zu finden ist, die er schon bei der Ausstellung der Urkunde gehabt habe.

Gegen die im angefochtenen Erkenntnisse enthaltene Normirung des vom Kläger noch zu führenden Beweises hat so wenig dieser als der Beklagte etwas eingewendet. Es mußte also bei derselben sein Bewenden behalten, versteht sich aber von selbst, daß, nach Beiseitigung der theilweisen Klagabweisung, von diesem, so wie dem dem Beklagten nachgelassenen Beweise des Verzichts nunmehr die Zu- resp. Aberkennung der ganzen Klagsumme abhängt.

Hamburg. 92.

Günther & Behrens zu Hamburg, Kläger, wider **A. B. Tornquist** daselbst, Beklagten, betreffend Auslieferung event. Bezahlung von Waaren.

Eine unpassende Bezeichnung des Beklagten im Rubrum rechtfertigt nicht die Einrede der inepten Klage, wenn letztere es ihrem Inhalte nach nicht ist.

Rechtsfall. Der Beklagte ist Procureur der Altona-Kieler Eisenbahn. Die Klage, welche gegen ihn „als Procureur" rubricirt war, ward darauf gegründet, daß derselbe gewisse näher bezeichnete, auf dieser Bahn angelangte Güter für die Kläger zu empfangen gehabt und auch empfangen, gleichwohl aber nicht an sie abgeliefert habe, und ging auf Verurtheilung des Beklagten zur Auslieferung eventualiter Bezahlung derselben. Beklagter opponirte die Einrede der

dunkeln Klage und des unrechten Beklagten, indem aus der Klage nicht ersichtlich sei, wie gegen ihn als Procureur der Eisenbahn eine Klage auf Auslieferung der Waaren angestellt werden könne, da er nur der Eisenbahn-Verwaltung gegenüber verpflichtet, und diese es sei, welche für die richtige Ablieferung der Güter bis vor das Haus der Destinatäre zu haften habe. Er weigerte daher die Einlassung. Obwohl nun die Kläger in der Replik näher angaben, daß sie den Beklagten deshalb in Anspruch nähmen, weil sie ihm den Auftrag ertheilt hätten, die fraglichen Waaren für sie zu empfangen, so wies doch das Handelsgericht die Klage angebrachtermaßen ab. Auf Appellation der Kläger ward jedoch vom Obergerichte der Beklagte schuldig erkannt, sich auf die Klage einzulassen, und dieses Urtheil vom Ober-Appellationsgerichte unterm 30. November 1865 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Die Appellation des Beklagten mußte aus folgenden Gründen als völlig ungerechtfertigt verworfen werden.

Der Beklagte bestreitet es nicht, daß er nach Inhalt der Replik von den Klägern aus einem ihm ertheilten und von ihm acceptirten Auftrage, die in der Klage näher bezeichneten Waaren für sie in Empfang zu nehmen, in Anspruch genommen werde. Und allerdings ist denn auch dieses Klagfundament, insoweit es in der Klagschrift durch die Worte „der Beklagte habe die Güter *für die Kläger* in Empfang zu nehmen gehabt und empfangen," noch nicht bereits genügend angegeben war, in der Replik in völlig ausreichender Weise declarirt. Wenn dagegen der Beklagte

1) einwendet, daß eine „Aenderung" der Klage, nachdem er sich auf dieselbe, wenn auch nur durch Vorschützung proceßhindernder Einreden habe vernehmen lassen, unzuläßig gewesen sei, so ist das theils unzutreffend, indem es sich hier nicht von einer Aenderung, sondern nur von einer Erläuterung der Klage handelt, theils rechtlich unbegründet, indem bekanntlich selbst eine wirkliche Aenderung, geschweige denn

eine bloße Erläuterung der Klage vor der hauptsächlichen Einlassung unbedingt zulässig ist.

Ebenso grundlos ist aber

2) der fernere und hauptsächliche Einwand des Beklagten, daß die Klage selbst nach der Erläuterung, welche sie in der Replik erhalten, eine dunkle und inepte bleibe. Dieser Einwand geht nemlich dahin: die Klage sei nach dem Rubrum wider ihn als Procureur der Altona-Kieler Eisenbahn angestellt, müsse also so, wie sie declarirt sei, von einem ihm in dieser seiner Eigenschaft ertheilten Auftrage verstanden werden, die fraglichen Güter für die Kläger sich abliefern zu lassen; das enthalte aber einen innern Widerspruch, indem der Beklagte, wenn er als Procureur der Eisenbahn handle, eben in dieser seiner Eigenschaft etwaige Aufträge der Destinatäre entgegennehme und unmöglich als Procureur der Eisenbahn Güter für Dritte sich ausliefern lassen könne.

Hier kann man nämlich dem Beklagten nur soviel zugeben, daß nach der Klage, wie sie in der Replik erläutert worden, die Rubricirung derselben gegen den Beklagten als Procureur als keine passende erscheint, daher sie auch in dem gegenwärtigen Urtheile hinweggelassen ist. Denn weder in der Replik, noch in den späteren Verhandlungen haben die Kläger angegeben, dem Beklagten als Procureur den fraglichen Auftrag ertheilt zu haben, vielmehr lassen sich ihre Behauptungen nur dahin auffassen, daß sie durch die Stellung des Beklagten als Procureur, durch die ihm als solchem obliegende Function, die für Hamburg bestimmten Waaren vom Bahnhofe abzuholen, veranlaßt worden seien, ihm den fraglichen Auftrag zu ertheilen. Hievon ausgegangen, ist der Einwand des Beklagten aber völlig unzutreffend. Er würde nemlich nur dann ein zutreffender sein, wenn der behauptete Auftrag auf etwas ginge, was dem Beklagten in seiner Stellung als Procureur der Eisenbahn ohnehin oblag, einerlei, ob er wirklicher Beamter derselben ist oder mit ihr nur in einem Contractsverhältnisse steht. So tritt der Beklagte, weil er als Procureur die Güter-Annahme für die

Eisenbahn wahrzunehmen hat, dadurch, daß er die Güter-Anmeldungen der Absender entgegennimmt, allerdings zu Letzteren in kein besonderes contractliches Verhältniß; und eben so wenig dadurch, daß er die Anweisungen der Destinatäre annimmt, wohin die für sie angekommenen Waaren zu schaffen seien. Allein die Ausführung des Auftrags, welchen die Kläger dem Beklagten ertheilt haben wollen, die fraglichen Güter für sie am Bahnhofe in Empfang zu nehmen, für sie über den Empfang zu quittiren, ist, wie der Beklagte selbst zugiebt, etwas, was ihm als Procureur der Eisenbahn nicht obliegt, und daraus folgt, daß er durch Annahme dieses Auftrags allerdings mit den Klägern in ein Mandatsverhältniß getreten und dadurch ihnen persönlich verantwortlich geworden ist: wie denn auch die Eisenbahn-Direction in ihrem an die Kläger gerichteten Schreiben vom 30. April 1864 das Verhältniß eben dahin aufgefaßt zu haben scheint.

---

93. Bremen.

H. Glade zu Bremen, Kläger, wider **C. D. Häsehus**, später dessen Wittwe, nunmehr den Erben desselben, **J. H. W. Meyer**, Beklagten, nachbarliche Streitigkeiten betreffend.

Der Kläger hatte behauptet, daß einem unter den Parteien abgeschlossenen Tauschvertrage eine Nebenberedung hinzugefügt worden sei. Ihm ward Beweis auferlegt, und durch Obergerichtserkenntniß vom 12. October 1863 rechtskräftig dahin festgestellt:

> daß der verstorbene Ehemann der Beklagten sich verpflichtet habe, auf der fraglichen von dem Kläger eingetauschten Parcele nur an der an das benachbarte Egelingsche Grundstück gränzenden Seite derselben ein, nach der Seite des gemeinschaftlichen Ganges zu offenes, Schauer von 6 Fuß Tiefe und höchstens 6 Fuß Höhe zu haben.

In beiden ersten Instanzen ward dieser klägerische Beweis, insoweit solcher durch Zeugen angetreten, nur für einigermaßen und nicht bis zur Hälfte geführt erkannt, und der Beklagten ein Reinigungseid dahin auferlegt:

daß sich ihr verstorbener Ehemann nicht verpflichtet habe u. s. w.

ganz dem Beweisthema entsprechend.

Das Ober-Appellationsgericht dagegen erkannte durch Urtheil vom 9. December 1865 abändernd auf Ergänzungseid des Klägers.

Aus den Entscheidungsgründen wird nur Folgendes hier hervorgehoben:

A. Anlangend die klägerische Beweisführung, so wird das Beweisthema

1) durch die Aussage des Zeugen Albrecht vollkommen erschöpft, indem dieser Zeuge nicht allein den dem Beweissatz conformen Artikel 8 sub d. bejaht, sondern auch zu Interrog. spec. 4 noch im Näheren angegeben hat: Häsehus habe die fragliche Verpflichtung ungefähr mit den Worten übernommen: „daß Kläger nur bauen solle, mit den Fenstern im Keller, er wolle ihm das Licht nicht nehmen und nur ein offenes Schauer von 6 Fuß Höhe und 6 Fuß Tiefe bauen." Beklagte hat zwar in ihren Beweiseinreden die Glaubwürdigkeit beider klägerischer Zeugen deshalb angefochten, weil dieselben mehrfach bei dem Kläger in Arbeit gestanden, insbesondere den fraglichen Neubau desselben geführt haben, und weil sie sich mit den Zeugen insoferne in Streit befinde, als nach ihrer Behauptung die Zeugen auch die Auferbauung des fraglichen Schauers gegen eine bestimmte Accordssumme übernommen haben, während die Zeugen nicht die Zimmerarbeiten wollen übernommen haben. Allein der erste Theil dieser Einwendung ist offenbar unerheblich, der zweite nicht genügend substantiirt und völlig unbescheinigt geblieben. Auch ist Beklagte darauf weder in den Deductionen noch auch — obgleich das Untergericht ausdrücklich die klägerischen Zeugen für klassisch erklärt hat — in den höheren Instanzen zurück-

gekommen. Dagegen hat sie noch einen Verdachtsgrund gegen den Zeugen Albrecht daraus entnehmen zu können geglaubt, daß er behaupte, „als Rather den Abschluß des Vertrags gefördert zu haben." Es ist aber nicht abzusehen, wie der Zeuge dadurch, daß er seiner Aussage nach dem Kläger und Häschus zugeredet hat, behufs Arrondirung ihrer beiderseitigen Erben einen Tausch vorzunehmen, weil der bisherige Zustand keinem von beiden von Nutzen sei, in Beziehung auf den Inhalt des unbestrittenermaßen zu Stande gekommenen Tauschvertrags befangen, und dem Kläger mehr zugeneigt geworden sein soll als der beklagtischen Seite.

2) Der Zeuge Schweers giebt zu Art. 8 sub d. an: Es sei von der im Beweissatze bezeichneten Verpflichtung gesprochen worden, jedoch erinnere er nicht, daß Häsehus solche ausdrücklich übernommen habe und sie zur Bedingung des Tausches gemacht sei. Der Ansicht der vorigen Gerichte, daß durch diese Aussage diejenige des Albrecht einigermaßen abgeschwächt werde, kann in keiner Weise beigetreten werden. Es ist ganz erklärlich, daß Albrecht, der sich für das Zustandekommen des Tausches interessirte, den desfallsigen Verhandlungen seine volle Aufmerksamkeit zugewendet hat, während Schweers seiner Arbeit oblag und von den stattfindenden Beredungen zwar Vieles aber nicht Alles hörte. Auch bezüglich eines anderen, an sich viel wichtigeren Punktes, über welchen unbestrittenermaßen ein Einverständniß erzielt worden ist: daß nämlich Häsehus außer einem Theile des gemeinschaftlichen Ganges auch einen Theil des klägerischen Erbes erhalten sollte, weiß sich Schweers das Nähere nicht zu erinnern.

Eher ließe sich aus der Aussage dieses Zeugen eine Folgerung zu Gunsten des Klägers ziehen, da in der That kaum vorausgesetzt werden kann, daß dieser, nachdem einmal die Uebernahme der fraglichen Verpflichtung von Seiten des Häsehus znr Sprache gekommen, hievon wieder abgestanden und gleichwohl so, wie aus der Zeichnung in [9] der U.-Ger.-Acten ersichtlich, gebaut haben sollte. Es wird indeß hierauf nicht ankommen, sondern genügt, daß der Beweis des Klä-

gers jedenfalls wenigstens durch die Aussage des Albrecht zur Hälfte geführt ist.

B. Was den beklagtischerseits unternommenen Gegenbeweis betrifft, so muß

1) die Person des Zeugen Hergt für eine im hohen Grade verdächtige erachtet werden. Er ist Bäckergeselle und führte als solcher zur Zeit seiner Deposition das Geschäft der Beklagten, bei der er auch seine Wohnung hatte. Sind nun schon gewöhnliche in Abhängigkeit von einer der Parteien stehende Diener verdächtige Zeugen:

Glück Commentar XXII. S. 157 flg.

so trifft dies in erhöhtem Maße bei demjenigen zu, der als Geschäftsführer dem ganzen Gewerbe eines der Streittheile vorsteht, und bei dem solchergestalt zu der Abhängigkeit auch noch das besondere Interesse hinzukommt, welches er an den Angelegenheiten seines Brodherrn nimmt. — Bei dieser hohen Verdächtigkeit des Zeugen wird

2) die Relevanz seiner Aussage um so strenger zu prüfen sein. Derselbe deponirt: u. s. w.

Jedenfalls wird, während der Gegenbeweiszeuge behauptet, daß in seiner Gegenwart von der Höhe, Tiefe und sonstigen Beschaffenheit des Schauers nicht die Rede gewesen sei, von beiden klägerischen Zeugen bekundet, daß dieser Punkt einen Gegenstand der Besprechung gebildet habe. Und hier ist denn nur ein Doppeltes möglich. Entweder die beiderseitigen Zeugen haben einen verschiedenen Hergang im Sinne. Dann ist die Aussage des Gegenbeweiszeugen in keiner Weise geeignet, das Gewicht der Albrechtschen Aussage zu mindern. Oder sie sprechen beiderseits von demselben Hergange. Dann ist die Aussage des klassischen Beweiszeugen Schweers: es sei über den fraglichen Punkt gesprochen worden, vollkommen ausreichend, um die entgegenstehende bloß negative Behauptung des verdächtigen Gegenbeweiszeugen Hergt aufzuwägen, und es bleibt folgeweise auch in diesem Falle die Deposition des klassischen Zeugen Albrecht, daß die fraglichen Verhandlungen

stattgefunden und zu einem Uebereinkommen geführt haben in voller Kraft bestehen.

C. War, dem Vorstehenden nach, der klägerische Beweis als wenigstens zur Hälfte geführt anzusehen, so mußte nach § 264 der Bremer Ger.=Ordn. auf den Ergänzungseid erkannt werden. Denn der Kläger und Beweisführer ist, da es sich um sein eigenes Factum handelt, von der Wahrheit zu schwören im Stande. Darauf, ob Beklagte ebenfalls einen Wahrheitseid leisten konnte, kommt nach dieser Gesetzesvorschrift nicht einmal etwas an. Uebrigens hatte dieselbe, indem sie den eventuell deferirten Eid nur von Nichtanderswissen acceptirte, von vorneherein zu erkennen gegeben, daß sie von der Wahrheit zu schwören nicht im Stande und Willens sei, was sie denn auch in voriger Instanz durch ausdrückliche Erklärung bestätigt hat. Daß vollends jetzt, nach dem Tode der Wittwe Häsehus, von einem beklagtischerseits zu leistenden Wahrheitseide nicht mehr die Rede sein kann, ist klar.

---

94. Lübeck.

J. A. Torkuhl zu Lübeck, als Bevollmächtigter von Heinrich, Wilhelm, Friedrich, Georg, Paul und August Crusen, Kläger, wider **A. Behn & Sohn** daselbst, Beklagte, eine Darlehns=Forderung, jetzt Competenz des Handelsgerichts betreffend.

Die Klage aus einer von einem Handlungshause über ein Darlehn ausgestellten Obligation ist in Lübeck keine Handelssache.

Rechtsfall. Im Jahre 1838 stellte die beklagte Handlung eine Obligation aus über ein vom Vater der damals noch minderjährigen Kläger in väterlicher Vormundschaft derselben empfangenes Darlehn von 10,000 ℔ Crt. Als aus dieser Obligation am 25. Februar 1865 beim Lübecker Handelsgericht auf Rückzahlung des Darlehns geklagt ward,

setzte die beklagte Handlung der Klage die Einrede der Incompetenz des Gerichts entgegen, und die auf Grund dieser Einrede in erster und in zweiter Instanz erkannte Abweisung der Klage ward vom Ober-Appellationsgerichte mittelst Urtheils vom 11. December 1865 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

A. Mit entschiedenem Unrecht macht der Kläger für die Existenz einer Handelssache, also die Competenz des Handelsgerichts, geltend, daß beide Parteien dem Handelsstande angehören. Denn

1) die Bestimmung der Civilproceß-Ordnung § 10. 1. a. E.,[1]) worauf hiefür Bezug genommen wird, hat nur die Meinung, daß, wenn das Geschäft, aus dem die Streitigkeit erwachsen, zwischen zwei Kaufleuten geschlossen ist, dann im Zweifel anzunehmen sei, die Streitigkeit rühre aus Handelsverhältnissen her. Zu der Zeit, wo die eingeklagte Obligation ausgestellt worden, waren aber die klagenden Vollmachtgeber noch minderjährig und gehörten mithin noch gar keinem Berufsstande an. Sodann aber

2) stellt die fragliche Bestimmung des § 10 in dem vorausgesetzten Falle nur eine Präsumtion auf, welche nicht in Betracht kommen soll, wenn das Gegentheil, daß nämlich die Streitigkeit aus keinem Handelsverhältnisse herrühre, klar vorliegt. Nun aber kann

B. die eingeklagte Darlehnsforderung bloß deshalb, weil das Darlehn Kaufleuten für ihren Handlungsbetrieb gegeben ist, nicht für eine Handelssache erachtet werden.

Ob dies nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche Art. 274 der Fall sein würde, was allerdings vielfach angenommen wird,

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. I. S. 501. 505.
Endemann, das deutsche Handelsrecht. S. 24. Note 36,

---

[1]) „Gehören beide Parteien dem Handelsstande an, so ist anzunehmen, daß ihre Streitigkeit aus Handelsverhältnissen herrührt, sofern nicht das Gegentheil klar vorliegt."

darauf kommt es, insofern die Lübeckische Civilproceß-Ordnung das Gegentheil ergiebt, nicht an. Und dies ist der Fall. Zwar läßt sich aus der an der Spitze des § 10 sich findenden allgemeinen Definition der Handelssachen[1]) bei der großen Unbestimmtheit derselben nicht füglich Etwas entnehmen. Dagegen ist Folgendes entscheidend.

1) In den zwölf Sätzen, welche sich mit einem „namentlich“ an jene allgemeine Definition anknüpfen, haben, wie man annehmen muß, und auch der Kläger zugiebt, die gewöhnlich vorkommenden Fälle, welche als Handelsverhältnisse zu betrachten seien, aufgeführt werden sollen. In einer Handelsstadt und namentlich in Lübeck ist aber nichts gewöhnlicher, als daß Kaufleute zum Betriebe ihres Geschäfts Darlehen aufnehmen und darüber Obligationen zeichnen. Gleichwohl finden sich hier solche Darlehen nicht aufgeführt, obgleich des seerechtlichen Darlehns gegen Verbodmung Erwähnung geschieht (§ 10 sub 4). Hiezu kommt aber noch

2) daß nach der Bestimmung des § 10 sub 8 Schuldurkunden nur dann die Klagen daraus zu einer Handelssache machen sollen, wenn nach Art. 4 des Gesetzes vom 28. April 1849[2]) das Wechselverfahren auf sie Anwendung findet.

---

[1]) „diejenigen Streitigkeiten, welche in Handelsverhältnissen ihren Grund haben oder auf solche unmittelbar sich beziehen, die Parteien mögen dem Handelsstande angehören oder nicht.“

[2]) „Diejenigen Schuldverschreibungen, welche am 1. Mai d. J. oder nach diesem Tage unter der Form von eigenen Wechseln ausgestellt werden, jedoch entweder eine Kündigungsclausel oder ein Zinsversprechen oder die Bestellung eines Pfandrechts enthalten, fallen nicht unter die allgemeine Deutsche Wechselordnung, sondern sind nach statutarischen und gemeinrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen . . . . . .

Entsprechen Schuldverschreibungen dieser Art im Uebrigen entweder den sämmtlichen im Art. 96 jener Wechselordnung bezeichneten Erfordernissen eigener Wechsel oder erhellt doch, soviel das Erforderniß einer bestimmten Zahlungszeit betrifft, der Eintritt ihres Verfalltages aus einem unter öffentlicher Autorität ausgefertigten Kündigungsdocumente, so findet auf dieselben das für Wechselsachen angeordnete Wechselverfahren Anwendung, mit Ausnahme“ ꝛc.

Hier kann man es dahingestellt sein lassen, ob, ungeachte des allgemeinen Ausdrucks „Schuldurkunden" wirklich alle im Handelsverkehr ausgestellten Schuldscheine unter diese Bestimmung haben begriffen werden sollen. Jedenfalls läßt die Bezugnahme auf die obgedachte Verordnung von 1849 keinem Zweifel darüber Raum, daß das Gesetz auch Schuldurkunden, wie die vorliegende, im Auge gehabt hat. Eben so klar aber ist es, daß, da sie den in jener Verordnung vorausgesetzten Erfordernissen nicht entspricht, indem sie nicht einmal als Wechsel sich bezeichnet, das Wechselverfahren auf sie keine Anwendung findet, und folglich die gegenwärtige Klage nicht zur Competenz des Handelsgerichts steht.

Hamburg. 95.

A. T... zu Hamburg, Kläger, wider W. M.... daselbst, als verantwortlichen Redacteur der „Nessel," Beklagten, Injurien betreffend.

---

1) Der Redacteur eines öffentlichen Blattes macht sich dadurch, daß er eine erfundene, an sich beleidigende Erzählung in weitesten Kreisen auf dem Wege der Presse verbreitet, wissentlich und wollentlich zum Gehülfen der unerlaubten Handlung des Urhebers.

2) Ist eine in dem Blatt nicht namhaft gemachte Person durch Anführung individueller Merkmale und Umstände so genau bezeichnet, daß die Absicht, grade sie zu beschimpfen, mit Grund daraus gefolgert werden kann, so findet die Rechtsregel: „si incertae personae convicium fiat, nulla executio est (L. 15 § 9 de inj. 47. 10)" keine Anwendung.

3) Ein gegründeter Einwand gegen die sittliche Haltung des Beleidigten ist zwar nicht geeignet, den Vorwurf der Injurie gänzlich zu beseitigen, kann aber bei Bestimmung des

der Schwere der Injurie entsprechenden Geldwerths erheblich in Betracht kommen.

Die Nr. 50 des zweiten Jahrganges der „Nessel" hatte unter der Ueberschrift „Die Liebe zum Schein*) eines Friseurs" eine Erzählung gebracht von der Ausfahrt eines hiesigen verheiratheten Friseurs am zweiten Pfingsttage nach Teufelsbrück mit eigenem Fuhrwerk in Begleitung eines erst seit wenigen Wochen verheiratheten Herrn und zweier Frauenzimmer (öffentlicher Mädchen), welcher daselbst mit dieser seiner Gesellschaft in der Curelschen Restauration gespeist habe, und so unvorsichtig gewesen sei, seine vollgespickte Börse, welche außer diversen Münzsorten auch einen Hundertthaler-Schein enthalten habe, zu zeigen. Der Kläger bezog diese Erzählung auf sich, und stellte bei der Prätur eine Injurienklage gegen den Beklagten an. Er glaubte die Erzählung auf sich beziehen zu können und zu müssen, weil er, Friseur, verheirathet, der einzige Friseur in Hamburg, der eigenes Fuhrwerk habe, grade an dem gedachten Tage mit diesem Fuhrwerk in Begleitung seines erst seit wenigen Wochen verheiratheten Schwagers und zweier Damen, nämlich seiner Frau und der Ehefrau des Schwagers, eine Ausfahrt nach Teufelsbrück gemacht, dort mit seiner Gesellschaft in der erwähnten Restauration zu Abend gespeist, auch bei Bezahlung seiner Zeche einen Hundertthaler-Schein, welchen er zufällig bei sich gehabt, habe sehen lassen.

Das Prätur-Erkenntniß wies den Kläger mit der Klage ab, weil den Umständen nach von einem dolus des Beklagten nicht die Rede sein könne. Das Obergericht hob durch Urtheil vom 31. März 1865 jenes Erkenntniß auf. Aus den Entscheidungsgründen ist Folgendes hervorzuheben:

Da der Beklagte die Wahrheit der klägerischen Erzählung über dessen Ausfahrt am Pfingstmontage in keinem Punkte bestritten hat, und es daher eines Beweises, daß der Kläger

---

*) d. h. Hundert-Thaler-Schein.

an jenem Tage den von ihm behaupteten Ausflug nach Teufelsbrück wirklich gemacht habe, nicht erst bedarf;

da der Beklagte aber auch nicht zu behaupten vermocht hat, daß an jenem Tage noch ein anderer Friseur in Teufelsbrücke gewesen sei, daß dieser wirklich von zwei öffentlichen Mädchen begleitet gewesen, und das in dem gedachten Artikel der „Nessel" beschriebene Erlebniß gehabt habe;

da unter diesen Umständen nicht bezweifelt werden kann, daß der Verfasser des Artikels mit dem dort erwähnten Friseur den Kläger hat bezeichnen wollen, daß aber im Uebrigen die ganze Erzählung eine völlig unwahre gewesen ist;

da nun die schon erwähnten näheren Angaben des Artikels über den Unternehmer der dort beschriebenen Ausfahrt zwar nicht von der Art sind, um einen Jeden alsbald den Kläger als den Genannten erkennen zu lassen; da diese Angaben aber wohl genügen konnten, um Bekannte und namentlich diejenigen Kunden des Klägers, welche am Pfingstmontage denselben in seinem Fuhrwerk mit einem Herrn und zwei Damen in der Curelschen Restauration hatten eintreffen und speisen sehen, bei Lesung des in Rede stehenden Artikels auf den Gedanken zu bringen, daß jene Erzählung sich auf den Kläger und seine damaligen Begleiterinnen beziehen müsse;

da es mithin vollkommen glaublich ist, wenn der Kläger versichert, daß viele seiner Kunden ihm wirklich erklärt hätten, daß der Artikel von ihnen ohne Bedenken als gegen den Kläger gerichtet verstanden worden sei, welche Behauptung des Klägers auch von dem Beklagten nicht bestritten worden und daher eines weiteren Beweises nicht erst bedarf;

da hiernach feststeht, daß der Beklagte sich durch die Veröffentlichung des gedachten Artikels eine schwere Verläumdung des Klägers hat zu Schulden kommen lassen;

da es auch nicht zu verkennen ist, daß eine Verläumdung der hier vorliegenden Art besonders geeignet ist, die Kundschaft des Klägers zu gefährden:

daß das Erkenntniß des Herrn Hülfsprätors vom 16. November 1864 wieder aufzuheben und der Beklagte zu

verurtheilen, dem Kläger pro satisfactione für die ihm durch den Artikel „Die Liebe zum Schein eines Friseurs" in der № 50 des zweiten Jahrgangs der „Nessel" zugefügte Injurie in acht Tagen, sub poena executionis, die Summe von Banco Mark fünfhundert zu zahlen, auch demselben die Kosten der ersten Instanz, so wie die Kosten einer Insertion dieses Erkenntnisses in den „Hamburger Nachrichten," zu welcher der Kläger hiermit befugt wird, zu ersetzen.

Auf Appellation des Beklagten ward dies Erkenntniß vom Ober-Appellationsgericht am 11. December 1865 bestätigt mit folgenden Entscheidungsgründen:

In der Sache selbst mußte den Gründen zu den vorigen Urtheilen theils darin beigepflichtet werden, daß durch den fraglichen Artikel in dem von dem Beklagten redigirten Blatte die Person des Klägers in hinlänglich erkennbarer Weise bezeichnet worden sei, so daß der Fall einer ungewissen Person, gegen welche eine Injurie nicht begangen werden kann, nicht vorliegt; theils darin, daß der einem Ehemanne gemachte Vorwurf, an einem Sonntag in Begleitung anderer Herren mit öffentlichen Mädchen nach einem Belustigungsort gefahren zu sein und dort mit ihnen gespeis't zu haben, unzweifelhaft als Vorwurf einer schamlosen Handlung und Injurie aufgefaßt werden muß. Dagegen konnte der Auffassung des ersten Richters, daß es in dem vorliegenden Fall an der zum Begriff einer Beleidigung erforderlichen bösen Absicht fehle, nicht beigetreten werden. Es ist hiebei bedeutungslos, ob der Beklagte den Kläger gekannt hat, ob ihm die dem Artikel zu Grunde liegenden Thatumstände von bekannter oder unbekannter Hand zugegangen sind, und ob er, nachdem die Absicht des Gegners, klagbar zu werden, zu seiner Kunde gelangt war, in der von ihm, dem Beklagten, gewählten Weise den Artikel widerrufen hat. Denn der Redacteur eines öffentlichen Blattes macht sich dadurch, daß er eine erfundene, an sich beleidigende Erzählung in weitesten Kreisen auf dem Wege der Presse verbreitet, wissentlich und wollentlich zum

Gehülfen der unerlaubten Handlung des Urhebers, und die Strafbarkeit des Letzteren kann je nach Umfang der Verbreitung der bösen Nachrede weit geringer sein als die des Ersteren.

Zweifelhaft könnte hier nur genannt werden die processualische Frage, ob die von dem Kläger vorgetragene Darstellung des wahren Sachverhaltes von dem Beklagten eingeräumt sei, oder ob es desfalls noch eines Beweises bedürfe. Da aber die ganze Haltung der von dem Beklagten selbst verfaßten Vernehmlassung in Verbindung mit dem einen Theil derselben bildenden Widerruf keinen Zweifel darüber läßt, daß der Beklagte die Darstellung des Klägers nicht in Abrede stellen wollte, auch in dem Laufe des ferneren Verfahrens weder ein desfallsiger Zweifel noch eine darauf bestimmt abzielende Beschwerde kund gegeben worden sind, so mußte von einer Beweisauflage an den Kläger Abstand genommen werden.

Hiernach waren die beiden ersten Beschwerden des Beklagten zu verwerfen.

Anlangend dagegen die dritte Beschwerde, betreffend die Höhe der dem Kläger mit Bco. ℔ 500 zugebilligten Entschädigung, so unterliegt es zwar keinem Zweifel, daß die sittliche Haltung der Person des Beleidigten, insbesondere in einem Falle der vorliegenden Art, zwar nicht im Stande ist, den Vorwurf der Injurie gänzlich zu beseitigen, wohl aber bei Bestimmung des, ihrer Schwere entsprechenden Geldwerthes, erheblich in die Waagschale zu fallen. Es könnte daher scheinen, als wenn der von dem Beklagten seinem Gegner in der Vernehmlassung und später gemachte Vorwurf des Vertriebs unzüchtiger Bilder, auf welchen in der Replik eine unumwundene Antwort nicht zu finden war; und ferner der in der Duplik hinzugefügte Vorwurf eines Besuches öffentlicher Häuser, welcher in voriger Instanz wiederholt ist; und endlich die in voriger Instanz zur Charakteristik des Klägers, wiewohl ohne nähere Angabe, ob über die früher geltend gemachten Punkte, angezogenen Polizeiacten, von denen jedoch in gegenwärtiger Instanz keine Rede weiter ist, während die beiden ersten Vorwürfe in der Vernehmlassung jetziger In-

stanz ausdrücklich in Abrede genommen worden sind, einer weiteren Aufklärung mittelst der geeigneten Beweisauflage bedürften. An deren formeller Zulässigkeit konnte in Beihalt der dritten Beschwerde jetziger Instanz nicht gezweifelt werden. Erwägt man indessen theils, daß jener Bildervertrieb seinen Grund in der Sucht nach schmutzigem Gewinn haben kann und um deswillen nur eine nachdrückliche polizeiliche Ahndung verdient, und ferner, daß der erst in der Duplikenschrift enthaltene Vorwurf an sich nicht mit solcher Bestimmtheit aufgestellt ist, um daraus einen regelmäßigen Verkehr des Klägers in den gedachten Häusern zu entnehmen; und endlich, daß bei dem Maaß, welches das Obergericht für die in Rede stehende nach der Auffassung des O.-A.-Gerichts sehr schwere Beleidigung zuerkannt hat, die Möglichkeit nicht ausgeschlossen bleibt, daß dasselbe stillschweigend auch den in Rede stehenden Punkt bereits ausreichend gewürdigt habe, so mußte das Obergerichts-Erkenntniß, welches von dem Kläger, ungeachtet seiner auf das Dreifache gerichteten Forderung, nicht angefochten worden ist, in Betreff der Summe, zu welcher der Beklagte verurtheilt wurde, bestätigt werden.

---

96. Hamburg.

F. G. Voigt in Hamburg, Kläger, wider **J. M. Böhrt** daselbst, in Vollmacht der neuen sechsten Assecuranz-Compagnie und die im Bescheide vom 6. Februar 1864 genannten Consorten, Beklagte, Assecuranz betreffend.

1) Zur Interpretation des § 62 des Hamb. Allg. Plans der See-Versicherungen,*) verbis: „es sei auf was Weise es wolle."

---

*) Aller Schade, der den Schiffen oder Gütern, durch des Schiffers, Steuerleute und Schiffsvolks Schuld, Versehen, Versäumniß und Mißhand-

2) Weder nach allgemeinem deutschen, noch dem Hamburger particulären Versicherungsrecht ist die Seefähigkeit eines Schiffes bei Beginn der Reise als Bedingung jeder Casco-Versicherung aufzufassen.

3) Wird von dem Versicherer die Einrede der Seeuntüchtigkeit des versicherten Schiffes vorgeschützt, so liegt regelmäßig ihm der Beweis ob, und nur dann tritt eine Ausnahme von dieser Regel ein, wenn während der Reise das Schiff sich als untüchtig erweis't, ohne daß äußere Zufälle nachgewiesen werden können, welche möglicherweise die Untüchtigkeit herbeigeführt hätten. Die Zulassung dieser Ausnahme enthält eine Abweichung von dem bei dem Ober-Appellations-Gericht sonst festgehaltenen Satze, daß Vermuthungen selbst dann Nichts an der Beweislast ändern, wenn sie so stark sind, daß durch sie der Beweis bis zum Gegenbeweis geführt wäre.

4) Eine für die versicherte Reise ungenügende Kohlenladung begründet für ein Dampfschiff in gleicher Weise den Vorwurf der Seeunfähigkeit, wie bei einem Segelschiff das Nichtvorhandensein tauglicher Segel.

Rechtsfall. Das durch den Kläger für Rechnung der Betheiligten für die Reise von Kiel nach Hamburg versicherte Dampfschiff „Ostsee," Capt. Kohrsch, mußte wenige Tage, nachdem es Kiel am 10. November 1863 verlassen hatte, wegen vorgefundenen Kohlenmangels nach Frederikshavn (Ostküste Jütlands) zurückgehen, um die Kohlenladung zu completiren. Am 15. November war dies geschehen und das Schiff setzte seine Reise wieder fort. Am 16. November aber sprang der Kessel, und das Schiff, in Folge dieses Unfalls an der Westküste Jütlands an den Strand gesetzt, ging dort total verloren.

Der darauf angestellten Klage auf Zahlung des Schadens setzten die Assecuradeure unter anderen Einreden, auf welche

lung, es sei auf was Weise es wolle, widerfähret, bleibet zu der Assecurirenden Lasten, und muß von denenselben gut gethan werden."

es hier nicht ankommt, auch diejenige der Seeunfähigkeit des Schiffes [§ 47 des Hamb. Allg. Plans*)] entgegen, welche sich sowohl aus der Beschaffenheit des Kessels, der schon bei Abgang des Schiffes schadhaft gewesen sei, als auch aus der quantitativ und qualitativ ungenügenden Kohlenladung ergebe.

Das Handelsgericht legte in seinem Erkenntniß vom 22. April 1864 den Beklagten nur in Betreff der Schadhaftigkeit des Kessels Beweis auf, indem es sich dahin aussprach, daß der gerügte Kohlenmangel jedenfalls auf einem Versehen des Capitäns beruhe, für welches der Versicherte nach § 62 des Allg. Plans (s. oben) nicht aufkomme.

Das Obergericht (Erk. vom 15. Juli 1864) hob die Beweisauflage des Handelsgerichts einstweilen auf und erkannte auf einen klägerischerseits vorgängig zu erbringenden Beweis dahin, daß das Schiff für die versicherte Reise mit einem, sowohl quantitativ als qualitativ genügenden Kohlenvorrath für die quäst. Reise versehen gewesen sei.

Auf klägerische Appellation endlich ward vom Ober-Appellations-Gericht unter dem 18. December 1865 das handelsgerichtliche Erkenntniß zwar im Uebrigen wiederhergestellt, den Beklagten jedoch alternativ auch der Beweis nachgelassen,

> daß das Schiff „Ostsee" beim Antritt der versicherten Reise mit einer ihrer Größe oder Beschaffenheit nach ungenügenden Ladung Kohlen ausgerüstet gewesen sei.

Entscheidungsgründe.

Gegenstand der Beurtheilung ist die Beantwortung der Frage nach dem Einfluß, welchen eine, für die versicherte

*) „Der Versicherte auf Casco oder Fracht übernimmt gegen den Versicherer die Verpflichtung, daß das Schiff seefähig sei, d. h. daß es dicht, hecht, wohl calfatert, mit allem Nöthigen in seiner Ausrüstung versehen sei, um die vorhabende Reise antreten und mit Sicherheit Güter über See bringen zu können."

Reise eines Dampfschiffes ungenügende Kohlenladung auf den Rechtsbestand der Versicherung ausübt. Auszugehen war hier mit den Gründen zu beiden vorigen Erkenntnissen von der Auffassung, daß ein derartiger Kohlenmangel für ein Dampfschiff in gleicher Weise den Vorwurf der Seeunfähigkeit begründet, wie bei einem Segelschiff das Nichtvorhandensein von tauglichen Segeln.

Dieser der Seeunfähigkeit entnommene Einwand ist nun von dem Handelsgericht um deswillen verworfen worden, weil sie durch Schuld des Capitains herbeigeführt sei, indem die in § 47 des Allg. Plans enthaltene Verpflichtung durch die der Assecuranz-Ordnung entnommene Vorschrift des § 62 in dem vorliegenden Falle beseitigt werde. Allein, abgesehen davon, daß durch § 47 „die Verpflichtung" der Seefähigkeit des Schiffes übernommen worden ist, und hiedurch die Befugniß des Versicherten ausgeschlossen wird, sich auf ein Versehen Dritter zu berufen, so hat schon das Obergericht mit Recht angenommen, der § 62 rede nur von den Versehen des Schiffers, welche er in seiner Eigenschaft als nautischer Dirigent begangen hat, und wenn dagegen die am angeführten Ort ersichtlichen Worte „es sei auf was Weise es wolle" besonders geltend gemacht worden sind, so hat hierdurch der Kreis der Versehen des Schiffers nicht erweitert, sondern nur ausgedrückt werden sollen, daß der Versicherer für alle und jede Versehen aufzukommen habe, welche von dem Schiffer bei seiner Führung begangen werden könnten. Die Ausrüstung des Schiffes aber gehört nicht hieher, sondern ist Sache des Rheders, oder seines Bevollmächtigten, im Heimathshafen, wie in einem fremden. Er besorgt diese Ausrüstung selbst oder durch einen Correspondenten. Fehlt es an einem solchen, und wird die Ausrüstung dem Schiffer übertragen, so handelt er als Bevollmächtigter des Rheders, und seine Versehen kommen diesem zu Last. Wollte man dagegen die von dem Handelsgerichte befolgte Auffassung den gedachten Worten des § 62 zum Grunde legen, so würde sich daraus unter Anderem auch ergeben, daß die Versicherer für

eine in der Fremde rechtswidriger Weise von dem Capitain zugelassene Condemnation des Schiffs verantwortlich würden — ein Ergebniß, mit welchem die Jurisprudenz in unzweifelhaftem Widerspruch steht.

Andererseits dagegen würde — den Beweis der Seeunfähigkeit des Dampfschiffes vorausgesetzt — der Einwand ohne Weiteres begründet sein, wenn das Versicherungsrecht den Rechtssatz enthielte, daß Seefähigkeit bei Beginn der Reise Bedingung des Rechtsbestandes jeder Casco-Versicherung sei — gleichgültig, wodurch der Untergang des Schiffes herbeigeführt ward. Nun läßt es sich zwar nicht in Abrede stellen, daß in England und in Nordamerika dieser Grundsatz in voller Strenge aufrecht erhalten wird. Das O.-A.-Gericht hat sich aber nicht überzeugen können, daß in Ansehung desselben eine derartige Uebereinstimmung in den Rechtsansichten der Handel treibenden Nationen zu finden sei, um ihn als einen allgemeinen Satz des Versicherungsrechtes zu betrachten; indem vielmehr in dem neuesten Handelsgesetzbuche, nemlich dem deutschen, Art. 825[1] in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts direct das Gegentheil ausgesprochen ist, nemlich die Nothwendigkeit eines Causal-Zusammenhanges zwischen See-Unfähigkeit und Unfall, was natürlich da geltendes Recht ist, wo das Gesetzbuch verkündet ward, und demselben nicht in rechtsbeständiger Weise derogirt sein sollte. Es fragt sich daher, ob in Hamburg überhaupt oder wenigstens in den Fällen, wo nach den Bedingungen des Allgemeinen Planes gezeichnet worden ist, der Rechtssatz des Handelsgesetzbuches oder der des englischen Rechtes derzeit geltendes Recht ist. Auf einem Gesetz beruht der Letztere nicht. Daß er durch Gewohnheitsrecht oder Gerichtsgebrauch anerkannt wäre, darüber fehlt es an Thatsachen, aus welchen sich solches erkennen ließe. Der Artikel 47 endlich ist keinenfalls so unzweifelhaft, daß nicht der wiederholt vom O.-A.-Gerichte zur Anwendung gebrachte Grundsatz, wonach Assecuranzbedingungen im Zweifel gegen Den ausgelegt werden müssen, welcher deutlicher zu reden verpflichtet war, auch hier

zu Gunsten der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen müßte. Denn einmal kann der Ausdruck „Verpflichtung" ebensowohl in dem Sinn von „Contractsclausel" wie von „Bedingung" verstanden werden. Sodann spricht für die letztere Auffassung der Umstand, daß die nach allgemeinen juristischen Grundsätzen ganz in gleicher Weise zu beurtheilende Unterlassung der Anzeigepflicht in § 15² ausdrücklich mit der Nichtigkeit der Versicherung bedroht, die gedachte Unterlassung folglich ausdrücklich als Bedingung charakterisirt worden ist, während es in § 47 an einer derartigen Androhung fehlt. Endlich spricht auch § 47² für die Annahme einer bloßen Contractsclausel, indem nicht abzusehen sein würde, weshalb den einen Contrahenten in Ansehung eines an sich nichtigen Vertrages eine Verpflichtung zur Diligenz treffen könnte. Nun stehen zwar andererseits der entgegenstehenden Auffassung sehr erhebliche Momente zur Seite, insbesondere der Umstand, daß ein innerer Grund nicht vorhanden ist, zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Zusagen in den Rechtsfolgen einen Unterschied zu machen, daran aber, daß die Seefähigkeit des Schiffes beim Versicherungsvertrage eine stillschweigende Zusage sein müsse, nicht gezweifelt werden kann. Auch ließe sich für die erhöhte Verpflichtung des Versicherten der Umstand geltend machen, daß die ohnehin bestehende Verpflichtung des Versicherten in den Bedingungen ausdrücklich hervorgehoben ist, mithin die Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, welche das gemeine Recht in dem Fall sanctionirt, wo eine schon ohnehin bestehende Verpflichtung zur Custodia ausdrücklich übernommen worden ist. Erwägt man indessen, daß nach allgemeinen Grundsätzen contractlich übernommene Verpflichtungen nur dann den Charakter von Bedingungen des Geschäftes haben, wenn ihnen derselbe durch Vertrag oder Gesetz ausdrücklich beigelegt ist, so mußte es bedenklich erscheinen, den bei ausdrücklichen Zusicherungen jetzt durchgängig anerkannten Rechtssatz auch bei stillschweigenden zur Anwendung zu bringen, um so mehr als das neueste Handelsgesetzbuch in Art. 825¹ und Art. 810 flg.

beide Fälle verschieden behandelt. Von dem zweiten Einwand aber konnte in einem Falle, wo nach Bedingungen gezeichnet ist, welche in sehr vielen Punkten nichts weiter sind als eine Wiederholung allgemeiner Rechtsgrundsätze, kein Gebrauch gemacht werden. — Einer Erforschung des Sinnes, in welchem der § 47 von den Versicherern aufgefaßt worden sei, bedurfte es um deswillen nicht, weil die Ansicht des einen Contrahenten über den Inhalt der von dem anderen übernommenen Verpflichtungen rechtlich ohne Wirksamkeit sein würde. — Ein Gerichtsgebrauch endlich über den Sinn, welcher dem § 47 beizumessen wäre, ist bis jetzt nicht vorhanden, indem der in dem Handelsgerichts-Urtheil vom 9. Februar 1854 in S. Vermehren & Kleinschmidt wider Neue dritte See-Assecuranz-Compagnie vorkommende Satz, der Versicherte übernehme nach § 47 die Garantie, daß das Schiff in seefähigem Zustande die versicherte Reise antrete, zwar auf eine erhöhte Verpflichtung hinzudeuten scheint, jedoch später von dem Handelsgericht in S. Elbhütten-Gesellschaft wider Schernikau vom 5. September 1859 wiederum mit dem einfachen Ausdruck „Verpflichtung" vertauscht worden ist, so daß sich nicht ersehen läßt, welche Ansicht von dem Handelsgerichte über die Bedeutung der Verpflichtung des § 47 gehegt wird.

Faßt man nun aber die Seefähigkeit als bloße Contractsclausel auf, so könnte man zu der Auffassung geneigt sein, eine Bedeutungslosigkeit in dem vorliegenden Fall mit dem Obergerichte um deswillen anzunehmen, weil das Schiff durch Platzen des Kessels zu Grunde gegangen ist und ein directer Zusammenhang zwischen der stattgehabten Versäumniß und dem Untergange des Schiffes in keiner Weise nachgewiesen werden kann — eine Auffassung, aus welcher die Verwerfung der vorgeschützten Einrede sich ergeben würde. Dem ist jedoch nicht so. Eine Contractsclausel verliert nur dann jede Bedeutung für die Berechtigung des einen Contrahenten, den anderen auf Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten in Anspruch zu nehmen, wenn der Inhalt der Clausel wahrhaft bedeutungslos ist, also nur dann, wenn ihr Nicht-Ein-

fluß auf den zur Entschädigung verpflichtenden Unfall gänzlich außer Zweifel ist. Es bedarf nicht eines directen Zusammenhanges zwischen Versäumniß und Untergang, sondern es genügt schon eine mittelbare Verbindung. Nun läßt es sich aber in dem vorliegenden Fall sicherlich nicht leugnen, daß, wenn das Schiff mit einer, ihrem Zweck entsprechenden Kohlenladung ausgerüstet gewesen wäre, es nicht genöthigt gewesen sein würde, seine Ladung zu completiren. Ist aber das der Fall, so folgt daraus zugleich weiter mit Bestimmtheit, daß sich dasselbe alsdann auf einem anderen Punkte der Reise befunden hätte, und mithin die Möglichkeit, daß der letztgedachte Punkt ein solcher war, auf welchem das Schiff einen Hafen zu erreichen vermochte, oder doch nicht in der Nothwendigkeit sich befand, in gefährdender Weise auf den Strand gesetzt zu werden. Diese Möglichkeit aber genügt, um das Vorhandensein einer Wirksamkeit der Contractsclausel anzunehmen.

Bei diesem Ergebniß bedurfte es keines Eingehens auf den Grund, aus welchem das Obergericht den Einwand der Seeunfähigkeit für bedeutsam erklärt hat, und welcher der, nicht vorgeschützten, Einrede der Deviation entnommen ist. Alles kommt vielmehr nur darauf an, ob die Seeunfähigkeit des Schiffes bereits erwiesen vorliegt, wie die Beklagten mittelst ihrer formell unzweifelhaft zulässigen Adhäsionsbeschwerde geltend machen, oder ob es desfalls noch einer Beweisführung bedarf, wie das Obergericht angenommen hat, und ob im letzteren Falle die Beweislast den Kläger, oder ob sie, wie solcher mittelst seiner eventuellen Beschwerde beantragt hat, den Beklagten treffe. Daß nun der Beweis mangelhafter Ausrüstung nicht bereits in dem Umstand gefunden werden kann, daß der Capitain sich laut Journals und Verklarung veranlaßt fand, nach Frederikshavn zurückzukehren, ist von dem Kläger in seiner Vernehmlassung auf die Adhäsion ausreichend nachgewiesen, indem die kurze Bemerkung des Journals, „sie hatten gefunden, daß der Kohlenvorrath für die Reise nicht ausreichend sein werde,“ selbst in Beihalt

der Kürze der versicherten Reise, keinenfalls für ausreichend erachtet werden konnte, um dem Kläger sogar den Gegenbeweis abzuschneiden. Aber auch der Umstand, welcher das Obergericht veranlaßt hat, dem Kläger den Beweis aufzubürden, nemlich der Kohlenmangel am zweiten Tage nach dem Abgang von Kiel ohne Angabe besonderer, denselben motivirender Umstände, war in dem vorliegenden Fall nicht geeignet, die Beweislast umzukehren. Das O.-A.-Gericht hat sich nemlich in der Lübecker Sache

See-Assecuranz-Verein von 1838 u. Gen. w. Böttcher, 30. Juni 1854, pag. 17 flg.

dahin ausgesprochen, daß der Versicherer, welcher die Einrede der Seeunfähigkeit vorschützt, den Beweis seiner Behauptung zu führen hat, und daß von dieser Regel nur dann eine Ausnahme eintritt, wenn während der Reise das Schiff sich als untüchtig erweis't, ohne daß äußere Zufälle nachgewiesen werden können, welche die Untüchtigkeit möglicherweise herbeigeführt hätten. Bei der Zulassung dieser Ausnahme, welche eine Abweichung von dem bei dem O.-A.-Gerichte sonst festgehaltenen Princip enthält, wonach Vermuthungen, selbst dann, wenn sie so stark sind, daß der Beweis bis zum Gegenbeweis geführt wäre, an der Beweislast nichts ändern, muß mit besonderer Strenge verfahren werden. Da nun der Kläger selbst Momente hervorgehoben hat, welche einer genügenden Ausrüstung ungeachtet das Einlaufen motiviren könnten, nemlich einen Irrthum des Capitains, und dessen vielleicht unbegründete Besorgniß vor Unwetter und Verlängerung der Reise, so konnte es nicht für angemessen erachtet werden, von der Regel des Rechtes abzuweichen und die Beklagten mit der Beweislast zu verschonen. Es war daher denselben alternativ mit dem ihnen vom Handelsgerichte bereits auferlegten Beweis auch der aus dem Urtheil ersichtliche Beweis nachzulassen, bei dessen Fassung die Nothwendigkeit einer Ausrüstung mit brauchbaren, für die Dauer der Reise ausreichenden Kohlen, aller Ausführungen des Klägers ungeachtet, sich völlig von selbst

versteht. Denn eine gehörige Ausrüstung ist dann nicht vorhanden, wenn das Schiff nur mit einer Quantität von Kohlen versehen sein sollte, welche zwar diesen Namen führen, jedoch ungeeignet sind, ihre Dienste zu leisten. Auch ist es völlig Selbstverstand, daß die Beklagten ihrer Verpflichtung schon dann genügt haben, wenn sie entweder beweisen, daß bei Abgang des Schiffes die Kohlen unbrauchbar waren, oder daß damals ihre Menge für den beabsichtigten Zweck nicht ausgereicht habe.

Nach diesem Ergebniß hat der zweite Theil der eventuellen Beschwerde, betreffend einen dem Kläger über die Schuld des Capitains bei der Ausrüstung nachzulassenden Gegenbeweis bereits im Obigen seine Erledigung gefunden, und eines Eingehens auf den Inhalt der dritten Beschwerde bedarf es, abgesehen von ihrer ganz eventuellen Vorschützung, aus dem gleichen Grunde eben so wenig. Daß aber die Folgen der nunmehr den Beklagten rechtskräftig auferlegten beiden Beweisalternativen, wenn eine jede derselben unternommen werden sollte, in Ansehung des Umfangs der Verpflichtung der Beklagten verschieden sind, indem das Springen des fehlerhaften Kessels nur einen Fall partieller Havarie bildet, für dessen Betrag die Versicherer aufzukommen haben, während der Beweis der Seeuntüchtigkeit sie von aller Verpflichtung aus der Police befreiet, ist eben so klar, wie die Nothwendigkeit einer Aussetzung der Kosten erster Instanz und einer Vergleichung der Kosten voriger Instanz, während es, bei der Verwerfung der Adhäsionsbeschwerde der Beklagten, und der theilweisen Berücksichtigung der Beschwerden des Klägers der Sachlage entsprach, drei Viertheile von den in gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten zu vergleichen und in ein Viertheil derselben die Beklagten zu verurtheilen.

---

97. Hamburg.

F. G. Voigt in Hamburg, Kläger, wider **May & Hinrichsen** in Vollmacht der Securitas in Amsterdam und **A. A. von Harlessem** in Vollmacht der ersten See-Assecuranz-Compagnie in Hamburg, Beklagte, Assecuranz betreffend.

Der vorliegende Fall ist demjenigen der Nr. 96 völlig gleich, und es ist auch das in dieser Sache abgegebene Erkenntniß des O.-A.-Gerichts mit demjenigen in S. Voigt c. Böhrt und Consorten übereinstimmend. Nur war in der gegenwärtigen Sache auch die in Nr. 96 nicht geltend gemachte Einrede der Deviation vorgeschützt, welche indeß nach den Entscheidungsgründen zum vorigen Processe keine Berücksichtigung finden konnte.

---

98. Hamburg.

Dr. **Banks**, mand. noie. **George Booth** und Dr. **Trittau** zu Hamburg, Kläger, wider die Hamb. Amerikanische Packetfahrt-Actien-Gesellschaft daselbst, Beklagte, betreffend Erhöhung der Dividende pro 1864.

---

1) Sachlegitimation. Nach richtiger gemeinrechtlicher Auffassung ist dieselbe nur als ein Theil des Klaggrundes im weiteren Sinne anzusehen, und gehört der Einwand mangelnder Sachlegitimation nicht zur Zahl der proceßhindernden Einreden. Durch die Bestimmung des Hamburger Rechtes in der Verordnung zur Abkürzung des Verfahrens u. s. w. vom 21. Mai 1802 § 3 und 4 ist diese richtige Ansicht für Hamburg anerkannt worden.

2) Im ordentlichen Verfahren ist der Kläger nicht verbunden, bei Einreichung der Klage seine Legitimation so-

fort zu beschaffen; vielmehr genügt es, wenn er diejenigen Momente vollständig angiebt, bei deren Nachweis die klägerische Legitimation als vorhanden anzunehmen ist.

3) Inhaberpapiere, Actien. Die Frage, ob bei Processen des Besitzers eines Inhaberpapiers, namentlich bei Streitigkeiten von Actionären gegen die Vertretung der Actien-Gesellschaft die Vorzeigung der Actie bei der Klageerhebung erforderlich sei, ist vom Hamburgischen Handels- und Obergericht verneint worden.

Rechtsfall. Die Kläger beriefen sich in ihrer auf Erhöhung der Dividende für das Jahr 1864 gerichteten Klage auf ihre Eigenschaft als Inhaber einer großen Anzahl Actien, deren Nummernverzeichniß in einer Anlage (2) zur Klage producirt ward. Die beklagtische Gesellschaft verlangte vor jeder Einlassung, daß die Kläger zuvor die angeblich in ihrem Besitz befindlichen Actien beibringen möchten, damit man ersehe, ob ihre deßfallsige Behauptung auch wahr, und sie, die Kläger, somit auch wirklich zur Sache legitimirt seien.

Das Handelsgericht wies diese Einwendung am 27. September 1865 zurück und verurtheilte die Beklagte, sich auf die Klage einzulassen, gegen welches Erkenntniß sich die Gesellschaft an das Obergericht mit einer Nichtigkeitsbeschwerde und Appellation wandte, indem sie in dieser Instanz rücksichtlich eines großen Theils der in der Anlage 2 verzeichneten Actien allerdings den Nachweis führte, daß sich dieselben nicht in den Händen der Kläger befänden.

Das Obergericht trat jedoch am 3. November 1865 dem Handelsgerichte bei, und diese Entscheidung ward am 30. December 1865 vom Ober-Appellationsgericht bestätigt aus folgenden

Entscheidungsgründen.

1) Mit Unrecht beschwert sich die Beklagte zunächst über die Verwerfung ihrer bei dem Obergerichte erhobenen Nichtigkeitsquerel und verlangt, daß auf Grund des aufgestellten Nichtigkeitsgrundes das Erkenntniß des Handelsgerichts vom

27. September 1865, eventuell die in demselben enthaltene Verurtheilung der Beklagten in die Proceßkosten cassirt, und die Kläger, unter Verurtheilung in die Proceßkosten, mindestens angebrachtermaßen abgewiesen werden. Denn der Schluß, welchen die Beklagte aus dem von dem Obergericht aufgestellten, wiewohl keineswegs absolut gültigen Grundsatz, daß eine richterliche Verurtheilung zu Gunsten eines unlegitimirten Klägers die Nichtigkeit des Urtheils und folglich auch, wie die Beklagte hinzufügt, die Nichtigkeit des diesem Urtheil vorgängigen Verfahrens zur Folge habe, dahin gezogen hat, auch ein Erkenntniß, durch welches voraussichtlich ein wegen Mangels der Sachlegitimation der Kläger nichtiges Verfahren ausdrücklich angeordnet werde, müsse um so mehr nichtig sein, konnte in dem vorliegenden Fall nicht für zutreffend erachtet werden. Ob nämlich die Kläger legitimirt sind oder nicht, ist in dem gegenwärtigen Stadium des Processes der Regel nach kein Gegenstand der richterlichen Beurtheilung, sondern es genügt die Behauptung der Kläger, daß sie legitimirt seien, um die Beklagte zu verpflichten, sich auf die erhobene Klage einzulassen. Mit Nichten ist nemlich in dem ordentlichen Verfahren der Kläger verbunden, bei Einreichung der Klage seine Legitimation sogleich zu beschaffen. Es genügt eine vollständige Angabe derjenigen Momente, bei deren Nachweis die Legitimation des Klägers als vorhanden anzunehmen wäre. Fehlt es hieran nicht, so ist die Beklagte verbunden, sich auf die sämmtlichen der Klage zum Grunde liegenden Thatumstände, insofern ihr nicht proceßhindernde Einreden zur Seite stehen, gehörig einzulassen. Der Mangel der Legitimation gehört aber nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts keineswegs unter die proceßhindernden Einreden, sondern die Legitimation bildet einen Theil des Klaggrundes im weitern Sinn, aus welchem einzelne Punkte nicht willkürlich herausgerissen und zum Gegenstand abgesonderter Beurtheilung gemacht werden dürfen. Insbesondere aber ist dieses nach der Hamb. Verordn. vom 21. Mai 1802 § 3, 4 der Fall, in welcher nur der Einwand der dunklen Klage

und der fehlenden Zuständigkeit als proceßhindernde Einreden anerkannt werden, womit ausdrücklich die richtige Ansicht, welche gemeinrechtlich der fehlenden Legitimation die Eigenschaft einer proceßhindernden Einrede abspricht, anerkannt worden ist. Hat nun das Obergericht diese Grundsätze auch in dem vorliegenden Fall zur Anwendung gebracht, wo die Sachlegitimation auf dem Besitze einer auf den Inhaber lautenden Actie beruht, und die von der Beklagten vertretene Lehre, daß bei allen von derartigen Actionären erhobenen Ansprüchen, und mithin auch bei der Klagerhebung, die Vorzeigung der Actie Bedingung des Auftretens sei, verworfen, so würde darin möglicherweise ein unrichtiges, keineswegs aber ein nichtiges Urtheil zu finden sein. Es kommt ferner

2) auf eine Prüfung der Beschwerden an, mittelst welcher die Beklagte die Verwerfung ihrer an die zweite Instanz gerichteten Berufung zu beseitigen bemüht war. Sie verlangt zunächst statt der auferlegten Einlassung eine Abweisung der Kläger mindestens angebrachtermaßen: eventuell eine Verfügung, durch welche den Klägern auferlegt werde, die Actien, als deren Inhaber sie aufgetreten sind, zu deponiren oder sonst gegen Verrückung der Legitimation sicherzustellen.

Bei dieser Prüfung ist in formeller Beziehung davon auszugehen, daß eine solche nur insoweit zulässig ist, als sie den in voriger Instanz beigebrachten neuen Thatumstand, den Protest einzelner Besitzer von Actien, für welche die Kläger aufgetreten sind, betrifft, indem nur hierüber gleichförmige Entscheidungen noch nicht vorhanden sind. Auf diesen Protest hat sich aber die derzeitige Beurtheilung zu beschränken, da er ein von der sonstigen Beurtheilung trennbarer Punkt ist. Hienach bedarf gegenwärtig die materielle Frage, ob bei Rechtsstreiten des Besitzers eines Inhaberpapiers namentlich von Actionären gegen die Vertretung der Actien-Gesellschaft die Vorzeigung der Actie bei der Klagerhebung erforderlich sei, und eine Ausnahme von den obgedachten Grundsätzen des gemeinen ordentlichen Processes, von welchem das Recht der Stadt Hamburg nicht abweicht, eintrete, einer abermaligen

Entscheidung nicht: denn diese Frage ist bereits durch gleichförmige Erkenntnisse verneint. Der Beurtheilung unterliegt nur die Frage, ob der von dem Beklagten sofort erbrachte Beweis eines, die Klage wenigstens zur Zeit beseitigenden Thatumstandes, welcher von der Gesetzgebung nicht unter die Zahl der proceßhindernden Einreden gestellt worden ist, diesem Thatumstand die gedachte Eigenschaft beilegen kann. Diese Frage muß aber, wenn die Absicht der Gesetzgebung, unangemessene Weiterungen zu beseitigen, erreicht werden soll, verneint werden, und zwar auch deshalb, weil die Beantwortung der Frage, wann ein derartiger Beweis erbracht sei, nothwendigerweise zu Weiterungen führt. Ganz klar ist dieses in dem vorliegenden Fall. Denn weder der eben gedachte Protest, noch der in gegenwärtiger Instanz beigebrachte Auszug aus dem Legitimationsprotocoll vom 30. November 1865 ist geeignet, den Beweis, daß es den Klägern an der Legitimation fehle, in der Weise zu erbringen, daß es in der gegenwärtigen Lage des Rechtsstreits für zulässig erachtet werden könnte, dem Kläger sogar den Gegenbeweis abzuschneiden.

---

99. Bremen.

J. S. Cohen zu Bremen, Liquidant und Intervenient, wider **Heinrich Luckmann** zu Sitzen, Interventen, zur Sache des letzteren, Liquidantens, wider den Concurscurator von **Gottfried Schütt** und **Ferdinand Knecht** in Firma **Gottfried Schütt & Co.** in Bremen, Liquidaten, Obligationsforderung betreffend.

---

1) Bedeutung eines nicht auf eine specielle causa praecedens sich beziehenden, sondern nur generell lautenden Empfangsbekenntnisses.

2) Zur Interpretation des § 16 der Bremischen Verordnung vom 24. Mai 1843 für Debit- und Nachlaßsachen:

„Bei solchen Ansprüchen (welche gegen die Vertreter der Masse erhoben oder von denselben geltend gemacht werden) steht dem Falliten die Fähigkeit zur Ablegung eines Zeugnisses für die Masse nicht zu. Wiefern er vom Gegner zum Zeugnisse vorgeschlagen werden könne, bleibt der Beurtheilung des Gerichts nach Maßgabe der jedesmaligen besondern Umstände überlassen."

Rechtsfall. Intervenient hat aus ihm cedirten hypothekarischen Schuldverschreibungen 14,500 ₰ im Concurse von Schütt und Knecht angemeldet, der Intervent nimmt jedoch auf Grund zweier älterer Obligationen, welche über angebliche Darlehen von 2000 ₰ und 1500 ₰ in legaler Form ausgestellt sind, ein Vorzugsrecht in Anspruch.

1) Die eine dieser Obligationen [49] U.-G.-A. ist ausgestellt am 28. September 1861 und bekennen darin Schütt und Knecht, von Luckmann 2000 ₰ angeliehen und empfangen zu haben. Das Concursgericht hat dem Intervenienten den Beweis aufgelegt,

> „daß die Falliten das in [49] ausgedrückte Darlehen nicht empfangen hätten,"

und formulirte, als dieser Beweis durch Eideszuschiebung angetreten wurde, den Eid dahin: Luckmann solle schwören, daß er den Falliten ein Darlehen von 2000 ₰ wirklich gegeben und ihm zur Sicherheit für dasselbe die Urkunde [49] ausgestellt sei.

Der Intervenient appellirte und beantragte beim Obergerichte eine veränderte Eidesformulirung, mindestens speciellere Ermittelungen über die Art und Zeit der Entstehung der Forderung des Interventen; jedoch ohne Erfolg.

2) Rücksichtlich der zweiten Obligation war dem Interventen auferlegt, die Auszahlung des Darlehnsbetrags von 789 ₰ zu beweisen, wozu er sich unter andern des Zeugnisses der Falliten bediente.

Trotz des Widerspruchs des Intervenienten sind vom Untergerichte und Obergerichte diese Zeugen vorbehältlich aller Einreden zugelassen worden.

Intervenient appellirte in Betreff beider Punkte weiter an das Ober-Appellationsgericht, jedoch wurden seine Beschwerden durch Urtheil vom 30. December 1865 als unbegründet verworfen.

Entscheidungsgründe.

I. Die vier ersten Beschwerden des Intervenienten beziehen sich auf den im Decis. 4 des Untergerichtserkenntnisses vom 15. April 1863 ihm auferlegten Beweis: daß die Falliten das in [49] der U.-Ger.-Acten ausgedrückte Darlehen nicht empfangen haben. — Von diesen Beschwerden hat

A. die vierte, dahin gehend: daß nicht mindestens in Ansehung der Priorität der Luckmann'schen Forderung eine Erklärung über die Art und Zeit ihrer Entstehung verlangt, und dem Interventen deren Nachweisung aufgegeben worden, ihre Erledigung gefunden. Durch das in der Liquidationssache des Appellanten gegen den Concurscurator ergangene U.-Ger.-Decret vom 5. September 1864 ist nemlich ausgesprochen worden, daß das von diesem Creditor aus den Pfandverschreibungen in [35] — [37] beanspruchte Generalpfandrecht zu verwerfen sei. Die Acten ergeben nicht, daß Cohen hiergegen ein Rechtsmittel zur Hand genommen hätte. Ist aber jener Ausspruch rechtskräftig geworden, und steht damit fest, daß dem Intervenienten die Eigenschaft eines generalhypothekarischen Gläubigers überhaupt nicht zukommt, so kann auch von einer seinerseits, gegenüber einem wirklichen Pfandgläubiger, zu beanspruchenden Priorität nicht weiter die Rede sein. — Dagegen bleibt der Intervenient allerdings nach wie vor bei der Frage interessirt, ob das von Luckmann angemeldete Forderungs- und beziehungsweise Generalpfandrecht überhaupt existirt, und bedürfen daher die hierauf bezüglichen Beschwerden I.—III. einer materiellen Prüfung.

B. Die erste und zweite Beschwerde sind darüber erhoben, daß der behufs Führung des fraglichen Beweises vom Intervenienten deferirte Eid nicht, dem bei der Delation ge-

stellten Antrage gemäß, für Luckmann dahin festgestellt worden ist:

> daß er vor Ausstellung der Obligation vom 28. Sept. 1861 (U.-Ger.-Act. [49]) das Darlehen von 2000 ₰, dessen geschehener Empfang in dieser Obligation von den Falliten bescheinigt sei, denselben ausgezahlt habe.

Der Intervenient beruft sich zur Rechtfertigung dieses Verlangens hauptsächlich

1) auf den Wortlaut des rechtskräftig gewordenen Beweissatzes. Die Obligation [49] enthalte ein unter dem 28. September 1861 ausgestelltes Empfangsbekenntniß der Falliten, welches, den gebrauchten Worten:

> „— erklären und bekennen hiermit, daß wir — — von dem Herrn — — Luckmann — — die Summe von ₰ 2000 Gold — — angeliehen und empfangen haben"

wie der Natur der Sache nach, nur auf eine vorausgegangene Thatsache sich beziehen lasse; und wenn daher der Beweissatz von dem „in [49] ausgedrückten Darlehen" rede, so könne darunter nichts Anderes als ein Darlehen verstanden werden, welches die Falliten vor Ausstellung jenes Bekenntnisses empfangen hätten.

Die Urkunde [49] bezieht sich jedoch nicht auf eine specielle praecedens causa, ein zu einer bestimmten vorausgegangenen Zeit gegebenes Darlehen, sondern enthält nur ein generelles Empfangsbekenntniß, welches, — ähnlich, wie das Bekenntniß „Valuta" oder „Zahlung empfangen zu haben," — nach der wahren Meinung des Ausstellers, nicht ohne Weiteres mit der Niederschreibung, sondern nur unter der Voraussetzung beziehungsweise erst dann bezeugende und bindende Kraft erhalten soll, wenn durch wirkliche Hingabe des Geldes der Darlehnsvertrag perfect geworden sei oder noch zur Perfection gelangen werde. — Der Intervenient giebt selbst zu, daß derartige Schuldbekenntnisse häufig in der Erwartung eines erst noch auszuzahlenden Darlehens ausgestellt werden. Hierin liegt aber nicht, wie er es bezeichnet, ein Mißbrauch, sondern es ist der natürliche und regelmäßige

Gang der Dinge, daß der Gläubiger das Darlehen nicht eher auszahlt, als bis ihm durch Behändigung der Schuldverschreibung die begehrte Sicherheit für dasselbe gegeben werden kann, und daß daher die Urkunde bereits angefertigt sein muß, ehe es zur Hingabe des Geldes kommt. Der streng correcte Geschäftsgang ist der, daß die Zahlung des Geldes und die Behändigung der Urkunde an den Gläubiger Zug um Zug erfolgen; und wo dies geschieht, da ist in demselben Momente, wo der Schuldner das Empfangsbekenntniß aus der Hand giebt, dasselbe also erst Realität gegen ihn gewinnt, auch die Voraussetzung, unter welcher es ausgestellt worden, in Erfüllung gegangen. Nun kommt es freilich auch oft vor, daß der Schuldner dem Gläubiger die Urkunde übergiebt, ohne das Geld schon erhalten zu haben oder gegen Uebergabe der Urkunde sofort zu erhalten. Es geschieht dies aber nur in der Erwartung, daß die Zahlung baldigst nachfolgen werde, und in dem Vertrauen, daß der Gläubiger, ehe dies geschehen, keinen Gebrauch von der Urkunde machen werde. Von einer Wahrheitswidrigkeit des in der Urkunde enthaltenen Empfangsbekenntnisses kann auch in diesem Falle nicht die Rede sein.

Es ergiebt sich hieraus, daß das Beweisinterlocut völlig sachgemäß so wie geschehen sich ausdrücken konnte, ohne damit gerade ein vor Errichtung der Obligation bereits empfangenes Darlehen zu meinen; vielmehr den Worten des Beweissatzes „das in [49] ausgedrückte Darlehen" sehr wohl die Bedeutung zukommen kann, welche dasselbe Gericht in dem jetzt angefochtenen Erkenntnisse ihnen beigelegt hat: daß es nemlich dasjenige Darlehen sein müsse, in Beziehung auf welches die fragliche Obligation ausgestellt worden, einerlei ob dessen reelle Hingabe vor, bei oder nach Ausstellung der Urkunde Statt gefunden hat. Daß dies aber wirklich schon bei der Beweisregulirung die Meinung des Untergerichts gewesen ist, ergiebt sich unwiderleglich aus folgenden Momenten. (Es wird dies auf Grund der Acten näher dargelegt.)

2) Der Intervenient hat sich ferner darauf berufen, daß zur Individualisirung eines Darlehens nicht allein die Summe und die Person von Gläubiger und Schuldner, sondern vorzugsweise die Zeit der Auszahlung gehöre. Aus der Liquidation des Luckmann lasse sich aber ein anderer Zeitpunkt hierfür als der 28. September 1861 (Tag der Ausstellung) oder ein demselben vorausgegangener Tag nicht entnehmen, und sei der Intervent folglich mit jedem späteren, namentlich einem etwa erst am 27. October gegebenen Darlehen ausgeschlossen. Allein dies kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil es im vorliegenden Falle gar nicht auf das, was an sich Rechtens gewesen sein würde, sondern lediglich auf den Sinn ankommt, in welchem das Untergericht seine rechtskräftig gewordene Beweisauflage gemacht hat. Und hierüber kann nach den Ausführungen unter 1) kein Zweifel sein.

3) Am meisten hat es noch für sich, wenn Intervenient darauf hinweist, daß das Untergericht — ausweislich der Entscheidungsgründe zu seinem Erkenntnisse v. 15. April 1863 — in Beziehung auf das in [49] ausgedrückte Darlehen nur deshalb den Liquidanten Luckmann mit einem weiteren Beweise verschont und ihm, dem Intervenienten, den Beweis der Richtauszahlung des Darlehens auferlegt habe, weil jene Obligation aus einer Zeit datire, die keinen Verdacht irgend einer Benachtheiligung der Gläubiger errege. Es muß zugegeben werden, daß bei dieser Motivirung allerdings wohl stillschweigend davon ausgegangen ist, daß die Auszahlung des Darlehens um dieselbe Zeit, in welche die Ausstellung der Obligation fällt, geschehen sein werde. Denn soll in dem D a t u m der Obligation vom 28. September 1861, also etwa ³/₄ Jahre vor der Insolvenzanzeige, ein Grund der Unverdächtigkeit liegen, und darum die Beweislast der Richtexistenz des Darlehens den Empfänger treffen, so muß die A u s- z a h l u n g d e s D a r l e h e n s, durch welche die Obligation erst Rechtsbestand erhält, doch auch als in jene unverdächtige Zeit fallend gedacht worden sein. Allein darum braucht doch noch nicht grade supponirt zu sein, daß die Auszahlung v o r

der Obligation — wie der Intervenient es für die Eidesformel verlangt — erfolgt sei. Im übrigen können diese aus der Motivirung der Beweislast entspringenden Bedenken für das Verständniß des Beweissatzes nur von untergeordneter Bedeutung sein und, gegenüber den entscheidenden Gründen unter 1) nicht dahin führen, daß demselben eine andere als die dort entwickelte Bedeutung beigelegt werde.

c) Mit seiner dritten Beschwerde beantragt Intervenient, ohne indeß seinerseits einen eventuellen Vorschlag zu machen, daß dem Eide, welchen das Untergericht für Luckmann dahin formulirt hat:

> daß er den Falliten ein Darlehen von ℳ 2000 wirklich gegeben und ihm zur Sicherheit für dasselbe die Urkunde [49] ausgestellt sei,

eine dem vorliegenden Rechtsverhältnisse und dem Beweissatze entsprechende anderweite Fassung gegeben werde. — Es mußte indeß nach den Ausführungen unter B. die untergerichtliche Formulirung im allgemeinen für sachentsprechend erachtet werden, und konnte, in Ermangelung eines bestimmten Antrages des Appellanten, das Ober-Appellationsgericht zu einer Abänderung des aufgestellten Eidessatzes in einer oder der anderen speciellen Richtung keine Veranlassung finden.

II. Die fünfte Beschwerde betrifft den im Decis. 5 des Untergerichts-Erkenntnisses vom 15. April 1863 dem Intervenienten Luckmann auferlegten Beweis: daß er die in [51] näher bezeichneten Beträge den Falliten dargeliehen habe. — Von Luckmann ist dieser Beweis unter anderen durch Benennung der Falliten als Zeugen angetreten worden. Das Untergericht hat, des Widerspruchs des Intervenienten ungeachtet, im Decis. 3 seines Erkenntnisses vom 2. September 1863 auf Vernehmung dieser Zeugen, vorbehältlich der Einreden, erkannt, und Intervenient beschwert sich, wie in voriger Instanz, so auch jetzt darüber, daß die Falliten nicht als Zeugen verworfen sind. — Es konnte jedoch auch dieser Beschwerde nicht entsprochen werden. Der § 16 der Fallitordnung, welcher es der Beurtheilung des Gerichts, nach Maß-

gabe der Umstände, überläßt, ob der Fallit vom Gegner zum Zeugnisse wider die Masse vorgeschlagen werden könne, findet vorliegend, wo der die Masse vertretende Curator bei Zulassung der Zeugen sich beruhigt hat und nur noch der Streit zwischen zwei Gläubigern in Frage steht, keine Anwendung. Es kommt also darauf an, ob solche Gründe vorliegen, welche nach allgemeinen Rechtsregeln die Falliten zum Zeugnisse schlechthin unfähig machen. Dies kann aber, trotz der verschiedenen und erheblichen, gegen die Glaubwürdigkeit der beiden Zeugen, und namentlich des Schütt als Schwiegersohns des Liquidanten Luckmann sprechenden Momente nicht angenommen werden, wird auch vom Intervenienten selbst nicht behauptet, der vielmehr nur der Meinung ist, daß das Zusammentreffen so mannichfaltiger und schwerer Verdachtsgründe den Richter nach Maßgabe des cit. § 16 zur Ausschließung jener Zeugen bestimmen müsse. — Es war also bei der von den vorigen Gerichten verfügten Vernehmung der Zeugen zu belassen, versteht sich aber von selbst, daß dadurch den vom Intervenienten gegen deren Glaubwürdigkeit vorgebrachten Einwendungen in keiner Weise präjudicirt wird.

Hamburg. 100.

Die Curatores bonorum von **Johann Elisa Wilhelm Schneider** in Hamburg, Kläger, wider **J. J. Rebel** daselbst, Beklagten, Forderung betreffend.

Laut einer am 22. Januar 1857 errichteten Acte hatte der Beklagte von dem späteren Falliten Schneider dessen Mobiliar für Bco. ℔ 3000 erkauft, den Kaufpreis durch Compensation mit einer gegen den Verkäufer ihm zustehenden Forderung von gleichem Betrage berichtigt und mittelst Tradition das Eigenthum des Kaufobjects erworben; dieses blieb jedoch im Besitze des Schneider, welchem zugleich vom Käufer

das Recht eingeräumt ward, das Eigenthum daran durch Wiedererstattung des Kaufpreises in halbjährlichen, auf Johannis und Weihnacht bestimmten Terminen mit jedesmal 300 ℳ zurückzuerwerben. Für den Fall, daß Schneider mit der Zahlung eines Termines im Rückstande bleiben sollte, hatte sich der Beklagte aber das Recht vorbehalten, „sich alsdann sofort das Kaufobject ausliefern zu lassen.“ Schneider leistete nun, während er im Besitze des verkauften Mobiliars verblieb, in den stipulirten Terminen, im Juni 1857, so wie im Januar und Juni 1858 dem Beklagten drei Abschlagszahlungen von je Bco. ℳ 300. Ehe aber noch der Termin der weiteren Abschlagszahlung abgelaufen war, nemlich im Anfang Decembers 1858, erklärte er Insolvenz. Ein von dem jetzigen Beklagten gegen die Curatores bonorum wegen Auslieferung des ihm verkauften Mobiliars, unter Verschweigung der empfangenen Abschlagszahlungen, erhobener Proceß erhielt durch einen Commissionsvergleich vom 30. April 1860 und einen in Gemäßheit desselben von Nebel geleisteten Eid:

> daß er an den Falliten Schneider am 22. Januar 1857 die Summe von Bco. ℳ 3000 .... wahr und aufrichtig zu fordern gehabt und für solche Forderung keine anderweitige Zahlung oder Deckung irgend einer Art als durch die Verkaufsacte vom 22. Januar 1857 erhalten habe,

seine Erledigung.

Nachdem aber später die Thatsache der von Nebel erhaltenen Abzahlungen zu Tage gekommen und Nebel auf Grund einer gegen ihn eingeleiteten Untersuchung für des Meineids schuldig erkannt worden war, traten nunmehr die Curatores bonorum gegen Nebel mit einer auf Restitution der vom Falliten empfangenen Bco. ℳ 900 an die Masse gerichteten Klage auf. Das Niedergericht wies diese Klage auf Grund der dem früheren Processe, namentlich dem darin abgeschlossenen Vergleiche entnommenen Einrede der abgemachten Sache ab. Das Obergericht dagegen erließ aus dem Hauptgrunde, weil jener Vergleich wegen des von Nebel abgeleisteten

Meineids nicht in Betracht kommen könne, eine Verurtheilung des Beklagten, und das Ober-Appellationsgericht hat dieses Erkenntniß am 30. December 1865, wiewohl aus anderen Gründen, bestätigt.

Die Entscheidungsgründe enthalten, soweit von allgemeinerem Interesse, Folgendes:

I. Die Klage ist zunächst

A. darauf gegründet, daß Schneider, in Ausübung des durch die Acte vom 22. Januar 1857 ihm eingeräumten Rückkaufsrechtes, Bco. ℔ 900 an den Beklagten bezahlt habe, jenes Rückkaufsrecht aber später in Wegfall gekommen und deshalb Beklagter verpflichtet sei, die empfangenen 900 ℔ — und zwar an die Masse des inzwischen insolvent gewordenen Schneider — zu restituiren. Diese Klage ist auch an sich begründet und bedarf, da die Thatsachen, worauf sie beruht, eingestanden sind, keines Beweises mehr. — — — —

Fragt man nun, welches Rechtsverhältniß hierdurch zwischen der von den Klägern vertretenen Fallitmasse des Schneider und dem Beklagten entstand, so ist — die jetzt überall nicht mehr in Frage gestellte Rechtsgültigkeit der Verkaufsacte vom 22. Januar 1857 vorausgesetzt — nur ein Doppeltes möglich:

1) Am natürlichsten erscheint die Annahme, daß die Masse in alle vertragsmäßigen Rechte und Pflichten des Schneider eingetreten, daß also insbesondere auch dessen Rückkaufs- und das damit verbundene Detentionsrecht auf die Curatores bonorum übergegangen ist. Es war dies aber, wie für Schneider selbst, so nun auch für sie, nur eine Befugniß, deren sie verlustig wurden, wenn sie keine weitere Zahlung leisteten. In diesem (wirklich eingetretenen) Falle kam der ganze wegen Rückkaufs des Materials geschlossene Nebenvertrag in Wegfall; die Curatores bonorum hatten auf den Besitz des Mobiliars keinen Anspruch mehr, konnten dagegen die gezahlten 900 ℔ mit der Vertragsklage oder auch mit einer Condiction zurückfordern:

arg. L. 11 § 6 D. d. act. e. v. (19, 1.)

2) Man kann aber auch der Meinung sein, daß das Rückkaufsrecht und der damit verbundene Anspruch auf Detention der Mobilien, als eine dem Schneider nur für seine Person eingeräumte Befugniß, auf dessen Gläubigerschaft nicht habe übergehen können. Die Folge dieser Annahme würde, wenn Schneider noch Nichts auf den Kaufpreis gezahlt gehabt hätte, die sein, daß das ganze Verhältniß die Masse Nichts anging. Sie hatte auf das Mobiliar weder dingliche noch persönliche Ansprüche zu machen, dagegen aber auch keinerlei Pflicht aus dem Vertrage vom 22. Januar 1857 zu erfüllen, und war bei der Sache überhaupt nur insoferne betheiligt, als sie möglicherweise diesen Vertrag als einen Scheinvertrag anfechten und so den Uebergang des Eigenthums an dem fraglichen Mobiliar auf Nebel rückgängig machen konnte. Wesentlich anders stellt sich die Sache jedoch in Beziehung auf das Interesse der Gläubiger dadurch, daß der Cridar vor seiner Insolvenzerklärung bereits 900 fl bezahlt hatte.

a) Das Obergericht hält die Auffassung für zulässig, daß durch diese Zahlung der Rückkauf des Mobiliars zu einem verhältnißmäßigen ideellen Theile vor sich gegangen sei. Dies erscheint jedoch unvereinbar mit der Acte vom 22. Januar 1857. Danach ist es offenbar nicht die Meinung gewesen, daß mit jeder Terminszahlung von 300 fl ein Zehntel der verkauften Mobilien an Schneider zurückfallen solle, sondern Nebel behielt sich sein volles Eigenthumsrecht bis zur Abtragung des ganzen Kaufpreises vor und war, wenn Schneider auch erst mit der zehnten und letzten Terminszahlung im Rückstande verblieb, noch immer befugt, sich sofort das „Kaufobject" (also das gesammte Mobiliar ohne Ausschluß irgend eines reellen oder ideellen Theiles desselben) ausliefern zu lassen; wogegen er selbstverständlich den empfangenen Theil des Kaufpreises zurückzuzahlen hatte.

b) Noch viel weniger aber kann die von dem Beklagten vertretene Ansicht gebilligt werden, daß die gezahlten 900 fl lediglich dem Schneider für seine Person zu Gute kämen, so daß derselbe also — sobald er wieder zur Dispositionsfähig-

keit gelangt sei — nur noch 2100 ℳ zu bezahlen gebraucht habe, um das 3000 ℳ werthe Mobiliar zu erwerben, und seine Gläubiger weder auf dieses Mobiliar noch bezüglich jener gezahlten 900 ℳ einen Anspruch gehabt hätten. Ein dem Schneider nur für seine Person bewilligtes Rückkaufsrecht würde vielmehr schon durch den Eintritt der Insolvenz — weil nunmehr die am Schlusse der Acte vom 22. Januar 1857 gestellten Bedingungen desselben nicht mehr eingehalten werden konnten — erloschen, dagegen ein Recht des Schneider auf Rückzahlung der zum Behufe des Rückkaufs hingegebenen 900 ℳ entstanden, und dieses Recht, als ein Activum der Masse, auf die klagenden Curatores bonorum übergegangen sein.

Die auf Restitution der gezahlten 900 ℳ erhobene Klage erscheint also, man mag das Rückkaufsrecht des Schneider als ein höchst persönliches ansehen oder nicht, sowohl unter dem Gesichtspunkte einer Klage aus dem pactum de retrovendendo, als auch unter dem Gesichtspunkte einer Condiction wegen weggefallener Voraussetzung der Zahlung, begründet.

B. Was die condictio ex injusta causa anlangt, welche die Kläger „cumulative" mit der unter A. besprochenen Klage angestellt haben, so ist ihre Meinung dabei: Sie hätten durch den Commissionsvergleich vom 30. April 1860 dem Beklagten, oder vielmehr dem Schneider, als dessen Rechtsnachfolger, das fragliche Mobiliar unter der Bedingung überlassen, daß er die Richtigkeit seiner Forderung beschwöre. Dies sei auch geschehen; der Eid aber habe sich als Meineid herausgestellt. Beklagter habe also jenes Mobiliar zurückzuliefern. Da ihm dasselbe jedoch, wie Kläger nicht leugnen könnten, für 3000 ℳ verkauft sei, und ihm das Eigenthum zugestanden habe, wenn er den vollen Kaufpreis berichtigt gehabt, somit aber auch, wenn er die empfangenen Bco. ℳ 900 zurückgebe, so werde auch auf diesem Wege schließlich nur die Zahlung der 900 ℳ verlangt werden können.

Die auf beide cumulirte Klagen sich beziehende Bitte ging dahin: den Beklagten zur Zahlung der 900 ℳ u. w. d. a.,

eventualiter, unter dem Präjudiz der Zahlung von 900 ℓ, vorgängig zur Restituirung der in Anlage 1 (der Verhandlungsacte vom 22. Januar 1857) verzeichneten Sachen zu verpflichten. Es ist klar, daß die Principalbitte auf die oben unter A. besprochene (von den Klägern als condictio sine causa oder causa data causa non secuta bezeichnete) Klage sich bezieht, die Eventualbitte aber auf die cond. ex injusta causa; daß also diese letztere überhaupt nur eventuell mit der erstgedachten Klage hat verbunden werden sollen.

Hiernach kann dem Obergerichte schon aus formellen Gründen darin nicht beigetreten werden, daß Es die cond. ex injusta causa an die Spitze seiner Beurtheilung gestellt hat. Aber auch materiell würde man auf der Grundlage eines von dem Beklagten abgelegten Meineides nicht weiter kommen können, als zur Herstellung des Zustandes, wie er vor dem Eide resp. dem durch denselben zur Perfection gebrachten Vergleiche vom 30. April 1860 bestanden hat. Damit wäre die Sache aber noch nicht zu Gunsten der klagenden Curatoren entschieden. Denn den Besitz des Mobiliars hatten sie zur Zeit des Vergleichsabschlusses gar nicht, er ist ihnen folglich auch durch den Eid des Beklagten nicht entzogen worden. Die Frage würde vielmehr immer die bleiben, ob — abgesehen von dem Eide — ein Rechtsverhältniß zwischen den Parteien bestand, vermöge dessen der Beklagte zur Rückzahlung der 900 ℓ verpflichtet war; und für Beurtheilung dieses Rechtsverhältnisses ist keine andere processualische Basis gegeben, als die principale Klage, die denn auch, nach den Ausführungen sub A., an sich begründet und liquid erscheint.

Daher war von der condictio ex injusta causa ganz abzusehen; dagegen bedurfte es einer Prüfung sämmtlicher jener erstgedachten Klage von dem Beklagten entgegengestellten Einreden.

II. Hier kommt vor allen die Einrede der abgemachten Sache in Betracht, auf deren Grund das Niedergericht die Klage abgewiesen hat, die jedoch für unbegründet erachtet werden muß.

(Das hierauf unter A., B. und C. Ausgeführte kann übergangen werden.)

D. Der Eid, welchen Nebel nach dem Commissionsvergleiche vom 30. April 1860 noch leisten sollte, hatte, nach der Intention der Paciscenten, auf die Frage, ob Schneider, in Ausübung des durch die Acte vom 22. Januar 1857 ihm bewilligten Rückkaufsrechts, Zahlungen an Nebel gemacht habe, gar keinen Bezug. — Derselbe ist aber im Commissions-Termine den 7. Mai 1860 dahin formulirt worden:

> daß Nebel an den Falliten Schneider am 22. Januar 1857 die Summe von Bco. ℔ 3000, wie solche in der — — Specification näher angegeben ist, wahr und aufrichtig zu fordern hatte, und für solche Forderungen keine anderweitige Zahlung oder Deckung irgend einer Art, als durch — — die Verkaufsacte vom 22. Januar 1857, erhalten habe;

und nach dieser Formel hat, in Gegenwart des Anwalts der damals beklagtischen Curatoren, Nebel geschworen, ohne daß von der einen oder der anderen Seite gegen die Fassung des Eides etwas eingewendet worden wäre. Danach entsteht die Frage, ob nicht durch die Eidesleistung eine wesentliche Aenderung der Sachlage herbeigeführt ist; und diese Frage müßte bejaht werden, wenn man (mit dem Obergerichte) in dem letzten Theile des formulirten Eides das zu finden hätte, daß Nebel nach der Acte vom 22. Januar 1857 keine Zahlung auf das vermöge dieser Acte ihm zustehende Forderungsrecht von 3000 ℔ (d. i. das Recht aus dem pactum de retrovendendo) erhalten habe. Denn es muß dem Niedergericht darin beigestimmt werden, daß es für die rechtliche Wirkung des Eides einerlei ist, ob er in Folge förmlicher gerichtlicher Zuschiebung oder in Folge eines einfachen Einverständnisses der Parteien (als jusjurandum voluntarium des Römischen Rechts) geleistet worden. Er hat die Wirkung der res judicata, und das Beschworene wird zur formellen Wahrheit unter den Parteien. Diese wird durch den Nachweis der (objectiven) Unrichtigkeit des Beschworenen — sollte

derselbe auch, wie vorliegend, durch das eigene Geständniß des Schwörenden, in der bündigsten und unwiderleglichsten Weise geliefert sein — nicht beseitigt. Es bliebe dann nur übrig, den Eid, wie auch eventuell von den Klägern geschehen, als Meineid anzufechten.

Auf die mit dieser Anfechtung in Verbindung stehenden Fragen braucht jedoch nicht eingegangen zu werden, da dem Eide, wie er, nach dem Vorstehenden, formulirt und von Nebel geschworen worden ist, in Wahrheit die hervorgehobene materielle Bedeutung gar nicht zukommt. Es ist nicht abzusehen, was den Commissar hätte bestimmen können, eine Frage, die — wie gezeigt worden — sowohl den vorausgegangenen Verhandlungen als dem Vergleiche selbst fremd war, in den Eid hereinzuziehen. Wenn daher die Eidesformel eine Erklärung zuläßt, wonach sie nicht über die ursprüngliche Absicht der Parteien hinausgeht, so wird man bei dieser stehen bleiben müssen. Eine solche Erklärung ist aber nicht allein möglich, sondern sie ist sogar die einzige, welche den Worten des Eidesthemas vollkommen entspricht. Nebel sollte zunächst beschwören, daß er am 22. Januar 1857 die in der Specification verzeichneten Posten von im Ganzen Bco. ℔ 3000 an Schneider zu fordern gehabt. Ueber diesen Theil des Eides ist kein Zweifel möglich. Er bezog sich auf die Forderung von 3000 ℔, welche, nach der Acte von jenem Tage, damals dem Nebel gegen Schneider zugestanden, und durch deren „Tilgung," nach eben dieser Acte, Nebel den Kaufpreis für das Mobiliar berichtigt haben sollte. Wenn Nebel nun weiter zu beschwören hatte: daß er „für solche Forderung keine anderweitige Zahlung oder Deckung irgend einer Art, als durch die Verkaufsacte vom 22. Januar 1857, erhalten habe:" so kann dies doch nur auf Zahlungen bezogen werden, die auf die im ersten Theile des Eides bezeichnete Forderung geleistet worden sind. Auf diese Forderung aber konnte nach der Verkaufsacte gar keine Zahlung mehr gemacht werden; denn sie war — insoferne sie wirklich bis dahin bestanden hatte — durch das in der Acte bekun-

dete Rechtsgeschäft erloschen. Es können also nur Zahlungen und Deckungen gemeint sein, die vor oder gleichzeitig mit diesem Rechtsgeschäfte gemacht waren, und den gleichen Charakter wie dieses selbst an sich trugen: den einer gänzlichen oder theilweisen Tilgung der in der Specification verzeichneten Forderungen Nebel's aus einer der Acte vom 22. Januar 1857 vorangehenden Zeit. Einen hierauf bezüglichen Zusatz in der Eidesformel zu machen, mußte denn auch ganz sachgemäß erscheinen. Es war nicht genug, daß Nebel die specificirten Forderungen gegen Schneider wirklich erworben hatte, sondern sie mußten auch am 22. Januar 1857 noch bestanden haben; es durfte also inmittelst keine Zahlung darauf geleistet sein.

Führt solchergestalt die grammatische sowohl als die logische Auslegung zu dem Ergebnisse, daß Nebel mittelst Ablage des fraglichen Eides gar nicht beschworen hat, von Schneider nach der Acte vom 22. Januar 1857, und insbesondere auf das demselben durch diese Acte eingeräumte Rückkaufsrecht keine Zahlung empfangen zu haben — wie denn auch Nebel selbst in der wegen Meineids gegen ihn geführten Untersuchung behauptet hat und dabei verblieben ist, daß er den Eid in diesem Sinne nicht geleistet habe — so steht sein Eid auch der auf die Thatsache einer solchen Zahlung und des späteren Wegfalles des Rückkaufsrechtes gestützten Klage in keiner Weise entgegen, und kann auch hierin für die im Uebrigen unbegründete Einrede der abgethanen Sache eine Stütze nicht gefunden werden. — — — — — — — —

101. Hamburg.

Dr. **Donnenberg** m. n. **H. Thompson** in Rafferton, Kläger, wider **J. Ph. Rée** in Hamburg, Beklagten, Forderung, jetzt Beweisführung betreffend.

---

1) Die s. g. große Generalprobe hat für den Beweis der Probemäßigkeit der abgeladenen Waare auch in den Fällen Bedeutung, wenn nicht mit der Clausel verkauft worden, es solle nur auf die Uebereinstimmung der Abladeprobe mit der Kaufprobe ankommen.

2) Für die Entnahme der Probe kommt es vor allen auf das Zeugniß des Capitäns an, der die Abladeprobe zu versiegeln und zu attestiren hat.

3) Der Ablader, welcher für den Verkäufer die Waare verladen hat, ist bei der Frage, ob contractmäßig geliefert worden, nicht unintereſſirt und daher kein vollgültiger Zeuge.

Rechtsfall. Kläger kaufte vom Beklagten nach einer ihm von des letzteren Agenten in Hull vorgezeigten Probe circa 950 Quarters Weizen, 62/63 ℔ per Bushel wiegend, zum Preise von 54 sh. 6 d. per Quarter, und bezahlte den Kaufpreis der Factura gemäß, wonach in Präestöe 1870 Tonnen oder $890^{10}/_{21}$ Quarters in das Schiff Otto, Capitän Rasmussen, abgeladen worden. Bei der Entlöschung in Goole ergab die Messung $913^{4}/_{8}$ Quarters, die Wägung aber nur $877^{7}/_{8}$ Quarters, $62^{1}/_{2}$ ℔ per Bushel gerechnet, da der Bushel in Wirklichkeit nur 59 ℔ wog; auch erachteten die Sachverständigen, daß der Weizen von geringerer Qualität und daher 2 sh. per Quarter weniger werth sei. — Kläger forderte demgemäß Schadenersatz wegen geringerer Quantität und Qualität, so wie wegen zu viel berechneter Fracht. Das Handelsgericht legte dem Beklagten den Beweis auf:

daß das facturirte Quantum von $890^{10}/_{21}$ Q. Weizen in probemäßiger Qualität und Beschaffenheit und im stipulirten Gewichte von Präestöe abgeladen worden.

Beklagter hat diesen Beweis zu führen gesucht und denselben nach dem auf die Beweisführung ergangenen Erkenntnisse des Handelsgerichts bis zum Erfüllungseide erbracht, wogegen das Obergericht den Beweis für verfehlt erachtet und den Beklagten auf die eventuelle Eidesdelation verwiesen hat.

Das obergerichtliche Erkenntniß ist vom Ober-Appellationsgerichte am 30. December 1865 bestätigt worden.

Entscheidungsgründe.

A. — — — — — — — — — — — — — —

B. Anlangend die Beweisführung des Beklagten, so ist dieselbe zunächst

1) auf die Uebereinstimmung der Abladeprobe mit der Kaufprobe gerichtet.

Würde auch diese Uebereinstimmung für den gegenwärtigen Proceß nicht direct entscheidend sein, so würde doch, wenn außerdem feststände, daß die Abladeprobe mit der gehörigen Sorgfalt und in ordnungsmäßiger Weise aus der Ladung entnommen worden, allerdings ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit dafür sich ergeben, daß auch die abgeladene Waare der Probe entsprochen habe, wenn auch das bedenkliche dieser Art von Beweisführung nicht zu verkennen ist, da insbesondere bei Getreideproben durch die denselben bei der Aufbewahrung zu Theil werdende Behandlung sehr leicht der ursprüngliche Zustand der Abladeprobe alterirt werden kann.

Es bezeugt nun der Makler Birt jun., daß die mit den Siegeln des Abladers und Capitäns versehene Abladeprobe der Schlußnote (Anl. B.) entsprochen habe und der Zeuge Malling sagt aus, es sei für den von Pontoppidan & Co. an den Beklagten verkauften Weizen der volle Kaufpreis gezahlt worden, woraus er schließen will, daß die Abladeprobe den Schlußnotenbedingungen vollständig entsprochen haben müsse. Aber abgesehen davon, daß dieser letztere Schluß ein

sehr unsicherer ist (was schon daraus hervorgeht, daß auch Beklagter für denselben Weizen, um dessen Probewidrigkeit es sich jetzt handelt, den vollen Kaufpreis bezahlt erhalten hat), und daß es völlig dahingestellt bleibt, ob Beklagter wirklich einen Theil der Kaufprobe an Bröchner & Co. in Hull eingeschickt und ob letzterer diese Probe beim Verkaufe an den Kläger zu Grunde gelegt habe, verliert das obige Zeugniß darum alle wesentliche Bedeutung, weil für die hauptsächliche Thatsache, daß und wie die Abladeprobe aus der Ladung entnommen worden, bloß die Aussage des Abladers Grónvold vorliegt, welche sich überdies nicht einmal auf alle im § 4 der Schlußnote (Anl. B.) desiderirten Voraussetzungen erstreckt, wie denn auch darüber nicht das mindeste beigebracht worden ist, unter welchen Bedingungen Grónvold an Pontoppidan & Co. den fraglichen Weizen verkauft hat und namentlich ob auch bei diesem Handel eine gleiche Clausel, wie sie der § 4 der Anl. B. enthält, ausbedungen worden. Wollte Beklagter seine Beweisführung auf die Uebereinstimmung der Abladeprobe mit der Kaufprobe stützen, so kam es vor allen auf das Zeugniß des Capitäns an, der die Abladeprobe zu versiegeln und zu attestiren hat; der Capitän aber ist gar nicht vernommen, vielmehr auf dieses Beweismittel vom Beklagten verzichtet, somit also hinsichtlich dieses wesentlichen Punktes so viel als nichts bewiesen worden. Denn dem Zeugniß des Abladers, welcher selbst der Verkäufer ist, kann hinsichtlich der Acte, zu deren Constatirung der Capitän berufen ist, nur ein geringer Werth beigelegt werden, diese Acte aber sind für die Entnahme der großen Generalprobe von der entscheidendsten Bedeutung, so daß, wenn dieselben nicht feststehen, das Indicium, welches aus der Uebereinstimmung der Ablade- und Kaufprobe für die Probemäßigkeit der Waare selbst entnommen werden kann, jeglicher sicheren Grundlage entbehrt.

2) Ueber die Probemäßigkeit der Ladung selbst hat wieder nur der Ablader Grónvold ein Zeugniß abgegeben. Jedoch mangelt diesem Zeugnisse zunächst die erforderliche Bestimmt-

heit. Denn wenn zwar Grónvold bezeugt, er erinnere sich, daß der Weizen contractmäßig gewesen, wie er verkauft worden, dabei aber hinzufügt, nach Verlauf einer so langen Zeit erinnere er sich nicht mehr genau der Beschaffenheit und des Gewichts des Weizens, so giebt er eben dadurch zu erkennen, daß es ihm an sicheren Gründen seines angeblichen Wissens von der Contractmäßigkeit der Abladung durchaus fehle, und es wird der Werth seiner Aussage dadurch in hohem Grade geschwächt. Der schließliche Zusatz, er glaube, daß der Weizen 130 und 131 ℔ gewogen und daß seine Beschaffenheit so gewesen, wie in der ihm vorgelegten Frage angegeben, zeigt zugleich, daß er diese speciellen Angaben für sein Glauben eben nur aus der Frage genommen und kennen gelernt hat.

Weiter aber kann Grónvold als Ablader und Verkäufer des Weizens, selbst wenn ein Regreß gegen ihn sei es von Pontoppidan & Co. oder vom Beklagten nicht mehr sollte genommen werden können, nicht für einen vollgültigen Zeugen in diesem Processe angesehen werden, da er als derjenige, welcher factisch für den Beklagten dem Kläger gegenüber erfüllte, also den Beklagten vertrat, bei der Sache nicht uninteressirt erscheint. So wie aber dieses der Fall ist, braucht der Kläger sein Zeugniß nicht als das eines classischen Zeugen gelten zu lassen und es ist von der subjectiven Erwägung, die Beklagter anstellt, Grónvold werde sich durch ein solches entfernte Interesse nicht zu einem falschen Zeugnisse haben bestimmen lassen, ganz abzusehen.

Das Zeugniß des Grónvold ist hiernach weder seinem Inhalte nach noch formell geeignet, den Beweis bis zum Erfüllungseide des Probanten zu erbringen.

3) Das Handelsgericht, welches die Beweisführung vermittelst der Abladeprobe verwirft und das Zeugniß des Abladers für verdächtig erklärt, hat zu Gunsten des Beklagten alles Gewicht darauf gelegt, daß, weil die Waare bei der Löschung in Goole mehr gemessen als in Präestöe, sich der Weizen während der Reise verändert haben müsse, da nicht

wohl einzusehen sei, warum, wenn in Präestöe mehr abgeladen worden, der Ablader nicht auch versucht hätte, sich das mehr bezahlen zu lassen.

Es steht freilich fest, daß in Präestöe gewiß 1870 Tonnen, aber nicht, daß gerade nur 1870 Tonnen abgeladen worden. Für das erstere sind, wenn auch der Ablader Grönvold sich bei seiner Vernehmung der Quantität nicht mehr genau erinnert, entscheidend die Aussagen der beiden Arbeiter Jacobsen und Rasmussen, welche das Messen der Ladung besorgt haben und bezeugen, daß aus dem Speicher Grönvold's 1870 Tonnen Weizen in das Schiff geladen worden. Alles was Kläger gegen diese Zeugen und ihre Aussage vorbringt, bedarf einer Widerlegung nicht; auch schwächt es ihre Glaubwürdigkeit nicht, daß sie vor Jahren als Arbeiter zeitweilig bei Grönvold beschäftigt waren, da keine Andeutung sich findet, daß sie in einem eigentlichen Dienstverhältnisse bei demselben standen.

Wenn aber der Ablader und die Messer, welche die Abladung besorgt haben, gefragt werden, ob die in Rede stehende Ladung ein gewisses Quantum betragen habe, so haben die Befragten, wenn sie nicht auf ein anderes besonders aufmerksam gemacht werden, sicherlich nur den gewöhnlichen Fall vor Augen: es werde daran gezweifelt, daß das fragliche Quantum auch wirklich abgeladen worden, und wenn keine weitere specielle Frage an sie gerichtet wird, so werden sie, falls sie dies Quantum bestätigen können, die Frage einfach bejahen.

Mehr haben auch hier die Zeugen in ihren Aussagen nicht gethan. Darüber, ob es nicht sehr wohl möglich sei, daß bei der Abladung die Quantität von 1870 Tonnen um ein weniges überschritten worden, haben sie sich nicht ausgesprochen, weil sie nicht darum befragt sind; ebensowenig darüber, wie beim Einmessen verfahren, ob das Maß knapp abgestrichen worden u. dgl.

Da nun aber diese Nebenumstände nicht ermittelt sind, so ist in den Zeugenaussagen mit Sicherheit nur zu finden,

daß nicht weniger als 1870 Tonnen abgeladen worden, nicht auch, daß die Ladung gerade nur 1870 Tonnen betragen habe und es unzulässig sei, eine bei der Vergleichung des Resultats des Einmessens und Ausmessens von Schiffsladungen sich regelmäßig ergebende geringe Quantitätsdifferenz dem nie ganz übereinstimmenden Verfahren beim Einmessen und resp. Ausmessen zuzuschreiben. In der That aber ist die Differenz vorliegend eine sehr geringfügige. Es ergeben nemlich 1870 dänische Tonnen genau berechnet nicht, wie Beklagter, welcher 100 Quarters (imperial) 210 Tonnen gleichstellt, facturirt hat, $890^{10}/_{21}$ Quarters, sondern, da 100 Quarters = $209{,}_{013}$ dänischen Tonnen, $894{,}_{68}$ Quarters. Die Nachmessung der Ladung in Goole hat ergeben $913^{4}/_{8}$ Quarters, also etwa $18^{4}/_{5}$ Quarters mehr. Mithin ist nur eine Differenz von nahezu 2 % vorhanden, welche sich genügend aus dem Verfahren beim Einmessen in Präestöe erklärt, das nicht wie in Goole von Sachverständigen, sondern von gewöhnlichen Arbeitsleuten beschafft wurde, wozu noch kommt, daß die Nachmessung nicht mittelst dänischer Tonnenmaße ausgeführt worden.

Somit ist eine wirklich in Betracht kommende Quantitätsdifferenz in Präestöe und Goole nicht als erwiesen anzunehmen, und es verliert die auf diese Differenz gebauete Schlußfolgerung des Handelsgerichts jede reale Grundlage.

Wäre aber auch eine solche Differenz wirklich erwiesen, so würde aus derselben eine Veränderung der Waare während der Seereise doch immer als wahrscheinlich nur dann entnommen werden dürfen, wenn anderweitige Momente diese Annahme unterstützten, sei es die lange Dauer der Reise oder während derselben eingetretene Unfälle. An solchen Momenten fehlt es jedoch, wie sich weiter zeigen wird, gänzlich.

4) Die Beweisführung des Beklagten wird wesentlich alterirt durch die Aussagen der klägerischen Gegenbeweiszeugen, deren Sachkunde auch der Beklagte anerkannt hat.

a) Die Kornhändler Binney und Mackie erklären, sie seien überzeugt, daß der Weizen namentlich auch in derselben

Quantität in Goole ausgeladen, in der er in Präestöe eingeladen worden, und stimmen hiermit die Kornmesser Tomlinson und Empson überein.

Das Bedenken, welches Beklagter aus der Form der Zeugenaussagen — summarische Beschwörung eines vorher (vom Solicitor des Klägers?) aufgemachten Attestates — herzuleiten versucht, erledigt sich dadurch, daß, wie die Acte, welche über die Depositionen der Zeugen aufgenommen sind, ergeben, nicht eine solche summarische Beschwörung vorliegt, sondern die eidliche Bestärkung der einzelnen Antworten der Zeugen auf die an sie gerichteten speciellen Fragen.

— Vgl. № 56 der Handelsgerichtsacten. —

Ihr Erachten selbst aber entbehrt keineswegs der sachlichen Begründung. Denn die Zeugen gehen davon aus, daß das Schiff „Otto" eine Reise von 15 Tagen ohne besondere Unfälle zurückgelegt habe, und begründen dadurch ihre Meinung, daß eine Veränderung des Zustandes der Ladung nicht eingetreten sei. Daß die Reise nur etwa 15 Tage dauerte, wird durch die sonstigen actenmäßigen Ermittelungen bestätigt. Die Abladung in Präestöe war am 19. Juni beendigt. (Factura des Beklagten in № 6 der Handelsger.-Acten und Attest der Arbeitsleute Jacobsen und Raßmussen in Anl. C.) Am 6. Juli zeigte Kläger dem Agenten des Beklagten Bröchner & Co. brieflich an, daß das Schiff in Goole angekommen sei.

— № 7 der Handelsgerichtsacten. —

Zwar hat Beklagter dies letztere Schreiben nicht ausdrücklich anerkannt, aber er behauptet selbst, daß die Untersuchung der Waare durch Binney und Mackie (am 23. Juli) drei Wochen nach Ankunft des „Otto" vor sich gegangen und hat im ersten Verfahren auf diese angebliche Verzögerung eine Einrede zu gründen versucht.

Daß diese kurze Reise in der günstigsten Jahreszeit ohne Unfälle vor sich gegangen, wird so lange zu vermuthen sein, als nicht Umstände indicirt sind, welche auf das Gegentheil hinführen. Derartige Umstände nachzuweisen, war aber die

Sache des Beklagten, der den von ihm nicht bestrittenen schlechtern Zustand der Waare bei ihrer Ankunft in Goole dadurch erklären will, daß die Reise diese Verschlechterung bewirkt habe. Er mußte sich selbst sagen, daß eine kurze Fahrt ohne Unfälle eine solche Wirkung nicht haben könne, und deshalb das nöthige beibringen, um eine Veränderung der Waare durch die Seefahrt (sei es in Folge von Stürmen oder Undichtigkeit des Schiffes) zu motiviren. Daran hat er es gänzlich fehlen lassen und seinerseits nicht einmal versucht, hierauf bezügliche Fragen an den anfangs als Zeugen vorgeschlagenen Capitain Raßmussen zu richten.

Hiernach ist die Annahme völlig statthaft, daß die Reise eine kurze und glückliche war, und ist auch dafür, daß eine Verschlechterung der Waare während der Zwischenzeit von der Ankunft des Schiffes bis zur Nachmessung derselben (6. bis 20., resp. 23. Juli) durch die Art der Aufbewahrung herbeigeführt sei, überall nichts beigebracht.

Somit ist das von den Sachverständigen über die Quantität des Weizens abgegebene Erachten, welches durch das oben sub 3 ausgeführte außerdem wesentlich unterstützt wird, als wohlbegründet anzuerkennen und wird schon hierdurch alles, was aus der angeblichen Quantitätsvermehrung zu Gunsten des Beklagten etwa gefolgert werden könnte, hinlänglich widerlegt.

b) Nicht minder spricht gegen den Beklagten, was die sachverständigen englischen Zeugen über die Beschaffenheit, die Qualität und das specifische Gewicht des Weizens aussagen.

In kaum begreiflicher Weise behauptet Beklagter, Kläger habe eigentlich gar nicht geleugnet, daß die gelieferte Waare von derselben Qualität gewesen, er habe sich nur auf eine schlechte Beschaffenheit der Waare bei ihrer Ankunft in Goole berufen. Daß dem nicht so ist, ergiebt sich ohne weiteres aus dem rechtskräftigen Beweisthema, welches dem Beklagten den Beweis der probemäßigen Qualität und Beschaffenheit und des stipulirten Gewichts auflegt.

Nach der Probe war gute, gesunde, trockene, wohl gereinigte Waare verkauft zum Gewicht von 62/63 ℔ per Bushel. Die Besichtigung in Goole ergab eine Waare von schlechter Beschaffenheit und nur 59 ℔ per Bushel. Die Sachverständigen erachten daneben, es sei unmöglich, daß die Reise eine solche Verschlechterung der Waare herbeigeführt habe. Also in Bezug auf die Beschaffenheit und das specifische Gewicht des Weizens geht aus dem Zeugnisse der Sachverständigen das Gegentheil von dem hervor, was Beklagter beweisen soll. Zugleich aber läßt die bedeutende Gewichtsdifferenz (5⅗ % die Annahme beinahe unmöglich erscheinen, daß die Qualität der Ladung und der Probe die gleiche gewesen sein sollte.

c) Einigermaßen spricht endlich auch gegen den Beklagten das Benehmen seines Agenten in Hull, der sich, als er benachrichtigt wurde, der Weizen sei leichter als die Probe, jeder im Interesse des Verkäufers doch so wünschenswerthen Thätigkeit enthielt, was sich nur daraus erklären läßt, daß er die behauptete Thatsache selbst nicht bezweifeln konnte; und ferner wird durch die Beschränkung, welche der Beklagte in seiner Fragstellung der Vernehmung des Capitains Raßmussen gegeben hat, der Beweis der durch die Gegenbeweisführung festgestellten Thatsache, daß eine Verschlechterung der Waare während der Reise nicht eingetreten, nur noch verstärkt.

B. Das Ergebniß der angestellten Prüfung der Beweisführung des Beklagten in Verbindung mit der klägerischen Gegenbeweisführung kann hiernach kein anderes sein, als daß der geringe Grad von Wahrscheinlichkeit, welcher zu Gunsten des Beklagten aus den Aussagen der Zeugen Birt und Pontoppidan über die Abladeprobe, so wie des Zeugen Grönvold über die Entnahme dieser Probe und die Beschaffenheit der Ladung hergeleitet werden mag, durch die entgegenstehenden Beweismomente mindestens aufgehoben wird.

— — — — — — —

Hamburg. 102.

H. J. Merck & Comp. zu Hamburg, Kläger, wider **Ad. Brunier** daselbst, in Vollmacht der ersten Assecuranz-Compagnie in Leer und der fünften Rostocker See-Versicherungs-Gesellschaft zu Rostock, Beklagten, Assecuranz-Forderung betreffend.

---

1) Nach den Bestimmungen des Hamburger Assecuranzrechtes (Ass.- u. Haverei-Ordn. T. 11, 4—6. Allg. Plan § 121 vergl. mit § 114 Abs. 3—5 und § 119) hat der Versicherte die Pflicht, für die Conservirung der unbeschädigten Ladung in Havariefällen und für deren Weiterverschiffung zu sorgen, und darf zum Verkauf derselben nur dann schreiten, wenn die Conservirbarkeit der Waare, weil ihrer Natur nach leicht verderblich, nicht vermuthet werden kann.

2) Eine Ausnahme von dieser dem Versicherten obliegenden Pflicht ist dann anzunehmen, wenn entweder die Weiterverschiffung den Umständen nach unthunlich, oder doch mit so großen Kosten verknüpft ist, daß deren Belauf den Werth der Ladung übersteigen oder doch wenigstens absorbiren würde.

3) Bei der nach dem Hamburger Recht dem Versicherer zufallenden Pflicht, für den den versicherten Schiffen und Gütern durch des Schiffers Schuld oder Versehen zugefügten Schaden aufzukommen, ist davon auszugehen, daß nach feststehender Praxis der Gerichte eine Nichtbeachtung desjenigen von Seiten des Schiffers, was eben nur in Folge des Assecuranzvertrages für das Verhältniß zwischen dem Versicherten und dem Versicherer maßgebend ist, nicht als ein solches Versehen aufgefaßt wird, für welches der Letztere einzustehen hat.

Rechtsfall. Das Schiff „Julie," Capt. Sunde, mit welchem eine von den Klägern für Rechnung von Willerding & Comp. bei der beklagtischen Compagnie versicherte Holz-

ladung von Gothenburg nach Schottland verschifft war, erlitt bald nach dem Abgang von Gothenburg so schwere Havarie, daß es sich als reparaturunfähig auswies und verkauft werden mußte.

Die fragliche Ladung, welche zum bei Weitem größten Theile unbeschädigt an einem schwer zugänglichen kleinen Küstenorte Norwegens geborgen wurde, ward darauf in Folge eines Beschlusses des dortigen Seegerichts verkauft, nachdem zuvor bei dem Beklagten angefragt, von diesem aber eine unbestimmte, ausweichende Antwort gegeben war. Es handelt sich nunmehr um die Frage, ob der Versicherer sich den Verkauf der Waare gefallen lassen muß. Das Handelsgericht hat diese Frage durch Erkenntniß vom 25. April 186: verneint und die Klage abgewiesen, während das Obergericht am 10. Juli 1865 die Verurtheilung der beklagtischen Gesellschaften ausgesprochen hat.

Am 30. December 1865 erkannte aber das Ober-Appellationsgericht, daß das Erkenntniß des Obergerichtes aufzuheben und klägerischerseits, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, der Beweis zu erbringen sei:

> daß die Weiterverschiffung der geborgenen Ladung Schachtstützen von der Lagerstelle bei Yttre Kalven nach Bo'neß aus den in [15] der Handelsgerichts-Acten angegebenen Gründen unthunlich gewesen sei,
>
> oder
>
> daß jene Weiterverschiffung unvermeidlicher Weise so große Kosten verursacht haben würde, daß diese den Werth der Ladung mindestens bis auf das in Norwegen erlangte Netto-Provenü von Species-$ 142. 32. erschöpft hätten,

und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen.

Die zu entscheidende Hauptfrage bestand darin, ob die von dem Beklagten vertretenen Versicherungs-Gesellschaften verpflichtet seien, den am 9. November 1863 zu Yttre Kalven bei Rasvaag unweit Flekkefiord in Ausführung gebrachten

öffentlichen Verkauf der von den versicherten, per Schiff „Julie," Capt. Sunde, von Gothenburg nach Boneß in Schottland verladenen 10,611 Stück Schachtstützen unbeschädigt geborgenen 9644 Stück als für ihre Rechnung geschehen gelten zu lassen, oder ob sie sich im Rechte befinden, wegen Unterlassung der Weiterverschiffung jenes Theils der Ladung jede andere Verbindlichkeit von sich abzulehnen, als für den Schaden aufzukommen, welcher durch den Verlust und resp. die Beschädigung von 967 Schachtstützen (ohne Zweifel, auch durch die der Ladung ordentlicher Weise zur Last kommenden Bergungs-, Havariegrosse- und sonstigen Kosten) entstanden sei.

I. Die Frage, welches Verfahren in Betreff des geborgenen (mehr als 90 pCt. des Ganzen ausmachenden) Theils der Ladung auf Grund des Assecuranz-Contractes, abgesehen also von den etwanigen Folgen der zwischen den Parteien nach dem Unfalle stattgehabten Verhandlungen oder von sonstigen besonderen Gründen, einzuhalten gewesen sei, ist unbedenklich mit dem Beklagten dahin zu beantworten, daß zur Weiterverschiffung der Ladung nach Boneß hätte geschritten werden müssen, falls nicht etwa eine Unmöglichkeit dieser Maßregel anzunehmen gewesen sein sollte.

Die Kläger haben denn auch dies in erster Instanz nicht bestritten, und erst in den höheren Instanzen versucht, den Verkauf der Ladung hier, wo das Schiff verloren und ein anderes zur Weiterführung der Ladung geeignetes Schiff nicht zur Stelle war, auch Sachkundige des Havarieplatzes den Verkauf als zweckmäßig und rathsam bezeichneten, als eine statthafte und von dem Versicherer ohne Weiteres anzuerkennende Maßregel geltend zu machen. Ihnen stehen indessen hiebei die Artikel 4—6 Tit. 11 der Assecuranz- und Havarei-Ordnung und der dem Art. 4 entnommene § 121 des Allgem. Plans entgegen. — Nach diesen, und den an dieselben sich anschließenden §§ 114 Abs. 3—5 und § 119 des Allgem. Plans ist dem Assecurirten die Conservirung des versicherten Gutes in Havariefällen, namentlich auch der Ladung, zur Pflicht gemacht, und der Verkauf der letzteren im

Gegensatze zu deren Weiterverschiffung nur in solchen Fällen verstattet, wenn entweder die Waare schon beschädigt sein sollte, oder deren Conservirbarkeit, weil sie ihrer Natur nach leicht verderblich, nicht angenommen werden kann.

Die Kläger wollen indeß eventuell

II. aus mehreren besonderen Gründen des vorliegenden Falles jede Einwendung des Beklagten gegen die für ihn verbindliche Natur des zu Nasvagg eingehaltenen Verfahrens als hinfällig angesehen wissen, und zwar

1) weil der Schiffer es gewesen, welcher den Verkauf der Ladung veranstaltet habe, während doch der Beklagte für die Versehen desselben verantwortlich sei;

2) weil der Beklagte durch seine gegen sie, die Kläger, nach Mittheilung der von den Ordregebern und eigentlichen Versicherten, Willerding & Co. zu Gothenburg, eingegangenen Schreiben vom 7. und 17. October 1863 gemachte Aeußerung diese letzteren ermächtigt habe, wenn nicht in Betreff der Ladung völlig nach eigenem Ermessen zu verfahren, dann doch den Verkauf unter den in Norwegen zu beobachtenden Formalitäten stattfinden zu lassen;

3) eventuell weil A. Beers Wwe. zu Flekkefiord, welche zu dem Verkauf ihre Zustimmung gegeben, hiebei als Vertreterin des Beklagten gehandelt habe.

Allein keine dieser Ausführungen konnte als begründet angesehen werden.

Zu 1) Der Berufung der Versicherten auf die Verantwortlichkeit des Beklagten für Versehen des Schiffers steht

a) schon der Umstand entgegen, daß sie eine von diesem gegen sie begangene Widerrechtlichkeit oder Ungehörigkeit gar nicht behaupten.

Nach ihrer Darstellung soll der Schiffer bei seinem Verhalten in Betreff der geborgenen Ladung das angemessene Verfahren eingehalten haben. Wenn dieses nicht zugleich dasjenige ist, welches der Beklagte als Versicherer den Versicherten gegenüber gelten lassen muß, so liegt der Grund hievon in dem Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen

nen Assecuranz-Contractes. Dieser betheiligt aber den Schiffer, welcher nur den im Frachtcontract übernommenen Verpflichtungen zu genügen und vorkommenden Falles den allgemeinen Zweckmäßigkeitsrücksichten zu folgen hatte, nicht. Es kann mithin nicht als eine Widerrechtlichkeit oder ein Versehen des Schiffers angesehen werden, wenn er sein Verfahren nicht auch so einrichtete, daß die Versicherten auf Grund desselben ohne Weiteres ihre Versicherer in Anspruch nehmen konnten. — Eine Verantwortlichkeit des Versicherers für das Verhalten des Schiffers in der zufolge des Vorstehenden von den Klägern gemachten Ausdehnung ist denn auch weder in der Assecuranz- und Havarei-Ordnung oder in dem Allgem. Plan ausgesprochen, noch in der Praxis anerkannt. Jene bringen (Art. 1 Tit. 7 und § 62) dem Versicherer nur den „den versicherten Schiffen oder Gütern durch des Schiffers Schuld, Versehen, Versäumniß oder Mißhandlung widerfahrenen Schaden" zur Last, während unter den hier in Betracht kommenden Umständen ein solcher Schaden von den Versicherten nicht behauptet wird. Und die Praxis anlangend, so ist dieselbe in zahlreichen Fällen davon ausgegangen, daß die Nichtberücksichtigung desjenigen von Seiten des Schiffers, was nur auf Grund des zwischen einem Schiffs- oder Ladungsbetheiligten und dessen Versicherer abgeschlossenen Vertrages in Betracht zu ziehen war, dem letzteren nicht zum Nachtheile gereiche. Hiefür ist z. B. auf die Entscheidungen in solchen Fällen von Casco- oder Frachtversicherungen zu verweisen, in welchen reparaturfähige Schiffe aus Zweckmäßigkeitsgründen vom Schiffer zum öffentlichen Verkaufe gebracht worden waren, während nach dem zwischen den Versicherten und deren Versicherern bestehenden Assecuranzcontract zur Reparatur hätte geschritten werden müssen. Niemals ist in solchen Fällen der Verkauf und dessen Ergebniß den Versicherern auf Grund der von ihnen für Versehen des Schiffers übernommenen Verantwortlichkeit zur Last gebracht.

Vgl. die Erkenntnisse in S. Vidal c. Holle. 1852/53. Ullrich I. S. 124.

Johns c. Auff'm Ordt. 1852/1854. Hamb. Samml. II. S. 1014 ff.
Pflugk c. Budenby. 1854/1855. Ullrich II. S. 43.
Levy & Co. c. Gädechens. 1855. Daselbst II. S. 72 f.
Donner c. v. Bergen. 1855/1856. Das. II. S. 125 f.
Mutzenbecher c. Böhrt. 1856. Das. II. S. 176 f.
Telghuys c. Auff'm Ordt. 1856/1857. Das. II. S. 211 f.
Gibson c. Stecher. 1857. Das. II. S. 397 f.
Gebr. Müller c. Duncker. 1858. Seebohm I. S. 39.

Verhielte sich indessen das Vorbemerkte auch nicht so, wie ausgeführt, so würde doch den Klägern hier

b) der Umstand entgegenstehen, daß die Versicherten, Willerding & Co., den Verkauf der Ladung gut geheißen und durch ihre Mandatarin, A. Beers Wwe., an den darauf bezüglichen Acten Theil genommen haben. Wenn die Kläger Beides bestreiten, so steht ihnen dabei der Inhalt der Acten entgegen. Die *Beauftragung* von A. Beers Wwe. seitens Willerding & Co. ergiebt sich schon aus deren von den Klägern beigebrachten, bereits oben angezogenen Schreiben:

„Wir beauftragen Herrn Consul A. Beer in Flekkefiord, die Ladung zu besichtigen und *unser Interesse* so wie das der Assecuradeurs zu bewachen."

„Vom Agenten in Flekkefiord empfangen wir ein Telegramm ꝛc. *Wir antworteten dem Agenten für die gestrandete Ladung per „Julie,"* Beers Wwe. ꝛc.,"

sodann aber auch aus dem Protocoll über die zu Rasvaag stattgehabten Verhandlungen, in welchem A. Beers Wwe. als bei den verschiedenen dortigen Acten in der Eigenschaft einer Bevollmächtigten der Ladungs-Eigner (Willerding & Co.) betheiligt aufgeführt, und worin auch eigens ihrer Vorladung zu denselben Erwähnung gethan wird.

Daß ferner A. Beers Wwe. zu dem in Rede stehenden Verkauf wirklich ihre *Zustimmung* gegeben hat, ist schon daraus zu folgern, daß, obschon sie an allen Acten Theil genommen hat, nirgendwo eine dem Verkaufs-Beschlusse und der Verkaufs-Ausführung widersprechende Erklärung derselben

verzeichnet worden ist. Ueberdies ist von dem Marinegericht erklärt worden, daß der Verkauf „in Uebereinstimmung aller Parteien“ angeordnet werde.

Die Kläger haben eventuell den Versuch gemacht, die Mitwirkung von A. Beers Wwe. aus zwei Gründen als unerheblich darzustellen.

Erstens, weil dasjenige, was A. Beers Wwe., wenngleich als Vertreterin von Willerding & Co., in der Havariesache gethan oder nicht gethan haben möge, für diese (die Versicherten) unpräjudicirlich sei, da der Beklagte nicht behauptet habe, daß Willerding & Co. sich einer culpa in eligendo bei der Beauftragung von A. Beers Wwe. schuldig gemacht hätten, ohne solche culpa aber jene, welche nicht selbst von Gothenburg nach Flekkefiord hätten reisen und am letzteren Orte den Verkauf der Havariesache abwarten können, nicht in der Lage gewesen wären, die Handlungen ihrer genannten Vertreterin als für sich verbindlich gelten zu lassen. — Die Kläger stützen sich hiebei lediglich auf das von ihnen angeführte, jedoch unrichtig aufgefaßte Erkenntniß des Ober-App.-Gerichts in der Sache

Groothoff c. Knorre vom 21. Juli 1837.

In diesem Erkenntnisse ist keineswegs angenommen, daß die Handlungen solcher Personen, welche der Versicherte statt seiner hat fungiren lassen, an sich für diesen unpräjudicirlich seien, so daß er nur aus besonderen ihn verpflichtenden Gründen (etwa wegen culpa in eligendo) dieselben so, als wären sie von ihm ausgegangen, gelten lassen müßte. Es handelte sich vielmehr damals um die andere Frage, ob der Versicherte die Handlungen und insbesondere die Versehen der von ihm zur Ausführung der in Betreff des assecurirten Gegenstandes erforderlichen Verrichtungen benutzten bloßen Hülfspersonen (Arbeitsleute, Everführer u. dgl.) dem Versicherer anrechnen dürfe, und dies wurde, abgesehen von besonderen den Versicherten verpflichtenden Gründen, ungeachtet die betreffenden Hülfspersonen von ihm angestellt oder seine „eigenen Leute“ sein möchten, bejahet. — Ob im vorliegenden

Falle Willerding & Co. die Havarie-Angelegenheit persönlich in Rasvaag zu ordnen im Stande gewesen wären, oder ob sie nicht in der Lage waren, sich dorthin zu begeben, ist hier bedeutungslos. Die Verantwortlichkeit des Mandanten für die Handlungen des Mandatars ist unabhängig davon, wie durch die Mandatsertheilung veranlaßt worden ist, und ob der Mandant dieselbe hätte vermeiden, oder nicht vermeiden können.

Der zweite Grund, aus welchem die Kläger die Mitwirkung von A. Beers Wwe. bei dem zu Rasvaag gefaßten Beschlusse, die Ladung verkaufen zu lassen, für unerheblich erklären, besteht darin, daß die Ebengenannte die Vertreterin nur der „Ablader" (Willerding & Co.) gewesen sei, während doch der Schiffer in der Lage sich befunden habe, allein den Erklärungen desjenigen (oder eines Vertreters desselben) Folge zu geben, welcher sich durch den Besitz der Connossemente als den in Betreff der Ladung Dispositionsberechtigten ausgewiesen hätte. — Auch dies Vorbringen ist unbegründet, und die klägerische Bezugnahme auf die Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts in der Sache Gebr. Möller c Biancone Büsch & Co. vom 21. März 1861 (Seebohm, S. 255—257) unpassend. Zwar ist — und dies ist dasjenige, was in der vorstehend genannten Sache ausgesprochen worden ist — der Ablader als solcher keineswegs der legitimirte Vertreter des Connossements-Inhabers, so daß dieser letztere im Verhältniß zum Schiffer diejenigen Weisungen als für sich verbindlich anerkennen müßte, welche jener in Havariefällen in Betreff der Waare ertheilt haben möchte; allein dies führt nicht einmal dahin — und auch dies ergiebt sich aus dem angezogenen Falle — daß die Erklärungen des mit dem Connossements-Inhaber nicht identischen Abladers bedeutungslos für das Verhalten des Schiffers seien; keinenfalls aber ist es unmöglich, daß der Ablader, wenngleich er zunächst nicht im Besitz der Connossemente sein sollte, dennoch der eigentliche Disponent über die Waare sei, und sich auch als solchen ausweisen könne. — Uebrigens hat der Schiffer im vorliegenden Falle aus dem Nichtbesitz der

Connossemente auf Seiten Willerding & Co. keine Einwendung abgeleitet; er ist vielmehr mit deren von A. Beers Wwe. Namens derselben erklärten Einwilligung in den Verkauf zufrieden gewesen und hat dem letztgenannten Hause die Waare und resp. das Provenü derselben überlassen. — Es hat sich denn auch in der Folge gezeigt, daß Willerding & Co. mit Recht sich als die Disponenten über die Ladung zu erkennen gegeben haben. Denn, wären sie dies nicht gewesen, so könnten sie jetzt nicht als die Versicherten aus eigenem Interesse (durch die Kläger als ihre Assecuranzbeauftragten) klagend auftreten.

Zu 2) Sehr zweifelhaft erschien dagegen die Frage, ob nicht die Versicherten nach der Antwort, welche der Beklagte auf die Mittheilung der mehrerwähnten Willerding'schen Schreiben dem Kläger ertheilt hat, sich mit Grund für berechtigt halten durften, den öffentlichen Verkauf der Waare stattfinden zu lassen.

Das erste jener Schreiben (vom 7. October) enthielt nur die erste Nachricht von der Strandung des Schiffes und der Bergung des größeren Theils der Ladung. Das zweite (vom 17. October) brachte nähere Angaben über den Umfang des resp. Verlorenen und Geborgenen, und ließ kaum einen Zweifel darüber, daß die Betheiligten in Rasvaag (oder Flekkefiord) der Meinung seien, der öffentliche Verkauf der Ladung sei die den Umständen nach für angemessen zu haltende Maßregel. Das von Willerding & Co. den Klägern und von diesen dem Beklagten mitgetheilte Flekkefiorder Telegramm lautete nemlich:

> „Kann das Geborgene ohne Besichtigung und Taxation verauctionirt werden, so entsteht Ersparung an Unkosten. Telegraphiren Sie die Erlaubniß Ihrer Assecuradeurs. In dem Falle wird Auction baldigst."

Willerding & Co. fügten ihrerseits hinzu, daß, wenn die Assecuradeurs keine Instructionen ertheilen würden, A. Beers Wwe. nach dem Gesetz und Gebrauch ihres Ortes verfahren werde. — Auf Mittheilung dieses Schreibens hat der Beklagte

nach der im Wesentlichen übereinstimmenden Angabe der Theile nur geantwortet, „die Sache müsse ihren ordentlichen Gang gehen."

Daß diese Erwiederung nicht, wie die Kläger auszuführen suchen, in dem Sinne verstanden werden könne, der Beklagte habe die Versicherten ermächtigt, in Betreff der Behandlung der Ladung **nach eigenem Ermessen** zu verfahren, liegt am Tage. — Dagegen erhebt sich das schon oben erwähnte Bedenken, ob nicht die Kläger in der Antwort des Beklagten eine Erklärung des Inhaltes finden durften, er habe zwar gegen die Vornahme des öffentlichen Verkaufs Nichts einzuwenden, bestehe aber darauf, daß die ortsüblichen vorgängigen Proceduren (Besichtigung und Taxation) zur Anwendung gebracht würden.

Wenngleich nun Manches für die vorstehende Annahme zu sprechen scheint, so ist doch für die Beurtheilung dieses Punktes im Sinne der beklagtischen Auffassung die Erwägung entscheidend, daß es einer bestimmten Erklärung des Beklagten bedurfte, um die Versicherten von der im Verhältniß zu ihm „ordentlichen" Weiterverschiffung zu dispensiren und statt derselben, den Verkauf der Ladung am Bergungsorte vornehmen zu lassen. Eine bestimmte Erklärung dieser Art kann aber in der Antwort des Beklagten nicht gefunden werden, und wenn die Versicherten jener, nach den vorangegangenen Umständen einigermaßen dunkeln beklagtischen Aeußerung ohne Weiteres die für sie bequemste Auslegung gegeben haben, anstatt durch nochmalige Anfrage die Willensmeinung des Beklagten in Gewißheit zu bringen, so haben sie die Folgen hievon selbst zu tragen. Dies ist um so mehr anzunehmen, da der Beklagte derjenige, und zwar allein derjenige war, welcher durch die mit der Wiederverladung und Weiterverschiffung der Waare verbundenen Gefahren und Kosten betroffen sein würde. Denn, ging die Ladung bei dem Versuch der Weiterverschiffung verloren oder beliefen sich die fernerhin auf dieselbe zu machenden Aufwendungen über 100 pCt. des Werthes, so hatte der Beklagte jenen Verlust

und die Aufwendungen (nach den §§ 57 und 114 des Allg. Plans), selbst über den Bereich der Versicherungssumme hinaus, zu tragen.

Daß an sich der von den Beklagten gebrauchte Ausdruck: „die Sache müsse ihren ordentlichen Weg gehen," im Zweifel auf die zwischen ihm und den Versicherten maßgebenden Grundsätze des gesetzlichen und conventionellen Hamburgischen Assecuranzrechts, nicht aber auf die in Norwegen gültigen seerechtlichen Principien zu beziehen sei, leuchtet von selbst ein. — Käme es übrigens auf die letzterwähnten Principien an, so würden sie den Klägern nicht zur Seite stehen. Der von ihnen angezogene § 59 des Norwegischen Seerechts verweiset den Schiffer unter Umständen, wie sie hier vorgelegen haben, auf die Bestimmungen der „Eigenthümer der Ladung oder deren Commissionaire," und ermächtigt ihn nur, wenn diese nicht zeitig befragt werden können, zum Handeln nach eigenem besten Ermessen. Hier war von Anfang an ein Vertreter der Ladungs-Eigenthümer zur Hand, und es kam mithin nur auf deren Entscheidung an.

Zu 3) Ohne allen Grund ist es, wenn die Kläger behaupten, der Beklagte müsse A. Beers Wwe. als seine Vertreterin anerkennen, dürfe folglich der von ihr ertheilten Einwilligung in den öffentlichen Verkauf der Waare Anerkennung nicht versagen. Zwar lautet das mehrerwähnte Schreiben der Versicherten vom 7. October, sie hätten A. Beers Wwe. beauftragt,

> „ihr Interesse, so wie dasjenige der Assecuradeurs zu bewachen,"

und in den Protocollen des Marinegerichts wird an den oben angezogenen Stellen A. Beers Wwe. „Bevollmächtigte der Ladungs-Eigner und deren Assecuradeurs" genannt. Allein es liegt außer Streit, daß der Beklagte jene Flekkefiorder Firma weder mit der Vertretung Seiner beauftragt hat, noch, ungeachtet jenes Satzes in dem Willerding'schen Schreiben, auch nur annehmen konnte, daß dieselbe sich als seine Vertreterin ansehen werde. Auf Grund des zweiten

Willerding'schen Schreibens aufgefordert, sich mit A. Beers Wwe. in Beziehung zu setzen, hatte er dies abgelehnt und erklärt, die Sache ihren ordentlichen Weg nehmen lassen zu wollen.

III. Geht das Resultat des Bisherigen dahin, daß der Beklagte auf Grund desjenigen, was aus den vorgelegten Correspondenzstücken und den Havariedocumenten sich ergiebt, den Verkauf der Ladung anzuerkennen nicht verpflichtet ist, so liegen doch zwei Behauptungen der Kläger vor, welche zu einer ihnen zu verstattenden Beweisführung Veranlassung geben.

1) Die Kläger haben, insbesondere durch Bezugnahme auf die beigebrachten nachträglichen Erklärungen der Rasvaager Besichtiger, behauptet, daß die Umstände, unter welchen der geborgene Theil der Ladung bei Yttre Kalven nahe am Meere, auf einem nur durch eine gefährliche und für Frachtschiffe unzugängliche Bucht zu erreichenden Strande gelegen habe, die Weiterverschiffung als unmöglich hätten erscheinen lassen, zumal in Betracht des derzeit beginnenden Winters und der Gefahr, daß die Ladung von dem Lagerplatze durch Sturmfluthen habe weggerissen werden können.

Sollten die Kläger diese ihre Behauptung, für welche die angezogene Document einen genügenden Beweis nicht liefert, bewahrheiten können, so würde die Unmöglichkeit der Weiterverschiffung anzunehmen sein, und mithin der Verkauf der Ladung gerechtfertigt erscheinen.

Die Kläger haben ferner

2) eventuell behauptet, daß, wenn die mit der Weiterverschiffung verbundenen Schwierigkeiten und Gefahren überhaupt zu überwinden gewesen sein sollten, dann doch die durch die Sicherung und Ueberwachung der Ladung bis dahin, wo die Weiterverschiffung habe in Ausführung gebracht werden können, auflaufenden Kosten verschiedener Art, ferner der durch die Miethung eines anderen Schiffes entstehende Mehraufwand an Fracht, unvermeidlicher Weise einen höheren Belauf als den Werth der Ladung, oder doch einen so hohen

ßgemacht haben würde, daß dieser Werth dadurch völlig
orbirt worden sein würde. Sie haben, hierauf gestützt,
Weigerung des Beklagten, den Verkauf als für seine
chnung geschehen anzuerkennen, den Einwand entgegenge-
t, daß er eine Maßregel anfechte, welche seinem Interesse
sprochen habe und die er, wenn selbst anwesend, gebilligt
ben würde, so daß mithin die jetzige Weigerung, sie anzu-
ennen, eine Verletzung der bona fides enthalte. Sollten
ie Angaben der Kläger factisch begründet sein, so würden
se mit denselben dem Beklagten gegenüber durchdringen
üssen, und sie waren mithin zu dem Beweis ihrer Behaup-
ng, so wie im Erkenntnisse geschehen, alternativ mit dem-
nigen der Unthunlichkeit der Weiterverschiffung, zuzulassen.

Namen-Register

zum Jahrgang 1865.

(Die Zahlen weisen auf die Nummer der Sache hin.)

Alphabetisches Sachregister

zum Jahrgang 1865.

(Die Zahlen beziehen sich auf die Seiten.)

A.

76*

B.

D.

E.

G.

H.

I.

K.

L.

M.

R.

S.

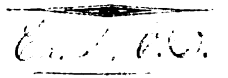
T.

U.

V.

W.

Z.



Druck von H. G. Rahtgens in Lübeck.

